

JULIAN ROBERTO NAKAMURA

**O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL: CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA,
CARACTERÍSTICAS E INCORPORAÇÃO AO DIREITO BRASILEIRO**

**CURITIBA
2009**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO**

**O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL: CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA,
CARACTERÍSTICAS E INCORPORAÇÃO AO DIREITO BRASILEIRO**

Monografia apresentada pelo acadêmico
Julian Roberto Nakamura ao Curso de
Graduação da Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Paraná, como
requisito parcial à obtenção do grau de
bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Tatyana Scheila
Friedrich

**CURITIBA
2009**

RESUMO

Trata o presente estudo de tecer algumas considerações acerca do Tribunal Penal Internacional, primeira Corte de caráter permanente concebida para processar e julgar indivíduos acusados de graves violações aos direitos humanos e humanitários. Sua regulamentação se encontra no Estatuto de Roma, aprovado em conferência diplomática realizada na capital italiana em 1998. No objetivo de contextualizar o tema no cenário internacional contemporâneo, propício à construção de um sistema penal supraestatal, ocupa-se, inicialmente, de uma abordagem histórica das relações internacionais, enfatizando que a noção clássica de soberania, consubstanciada no poder absoluto estatal dentro do seu território e sobre seu povo, sempre tolheu o desenvolvimento do direito internacional, fato esse que passou a ser modificado pelos acontecimentos ocorridos no século XX. A segunda parte do estudo centra suas atenções nas experiências históricas da comunidade internacional relacionadas a perseguições criminais de pessoas físicas. Constata-se que, embora há muito refletida, essa idéia ganhou real efetividade apenas após a Segunda Grande Guerra, a partir do estabelecimento de dois Tribunais Militares. Faz-se imprescindível, igualmente, registrar a existência dos dois mais importantes Tribunais *ad hoc* criados pela ONU na década de 1990, cujas jurisdições se limitam a apreciar fatos delimitados no tempo e espaço. Núcleo material deste estudo, o terceiro capítulo aborda o modelo de Tribunal concebido a partir do Estatuto de Roma, com ênfase na análise de sua estrutura física, do direito penal material estabelecido, bem como do procedimento da perseguição penal. Por fim, faz-se um cotejo entre o Estatuto de Roma e a Constituição Federal da República Brasileira, analisando a compatibilização de seus institutos em nosso ordenamento jurídico, com vistas a alcançar a máxima proteção do indivíduo, considerado isolada ou coletivamente.

SUMÁRIO

| | |
|--|------------------|
| INTRODUÇÃO..... | 5 |
| <u>CAPÍTULO I. A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE SOBERANIA NA CONSTRUÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO INTERNACIONAL.....</u> | <u>8</u> |
| <i>As relações internacionais sob a vigência do Estado moderno.....</i> | <i>11</i> |
| <i>1.2. O direito cogente (jus cogens) na ordem jurídica internacional contemporânea.....</i> | <i>16</i> |
| <u>CAPÍTULO II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE CORTES PENAS INTERNACIONAIS.....</u> | <u>21</u> |
| <i>2.1. O Tribunal de Nuremberg.....</i> | <i>24</i> |
| <i>2.2. O Tribunal de Tóquio e demais julgamentos relacionados à Segunda Guerra Mundial.....</i> | <i>27</i> |
| <i>2.3. O Tribunal ad hoc para a ex-Iugoslávia.....</i> | <i>30</i> |
| <i>2.4. O Tribunal ad hoc para Ruanda.....</i> | <i>32</i> |
| <u>CAPÍTULO III. O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL: ANALISANDO O ESTATUTO DE ROMA.....</u> | <u>35</u> |
| <i>3.1. A Estrutura Organizacional.....</i> | <i>37</i> |
| <i>3.2. O Direito Penal material: princípios e competência ratione materiae.....</i> | <i>44</i> |
| <i>3.3. O trâmite da persecução criminal.....</i> | <i>51</i> |
| <i>3.4. O Tratado de Roma e o ordenamento jurídico brasileiro.....</i> | <i>56</i> |
| <u>REFLEXÕES CONCLUSIVAS</u> | <u>61</u> |
| <u>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</u> | <u>64</u> |
| <u>SITES:.....</u> | <u>66</u> |

INTRODUÇÃO

Ao final da Conferência Diplomática realizada em Roma entre os meses de junho e julho de 1998, logrou-se a aprovação do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, regimento normativo de uma Corte permanente concebida para processar e julgar indivíduos acusados de cometer graves crimes internacionais. Trata-se, com efeito, do surgimento de um novo paradigma nas relações interestatais, sustentado na tríade da tutela internacional dos direitos humanos, da responsabilidade penal internacional do indivíduo e da co-existência entre jurisdições nacionais e internacional.¹

A instituição de um órgão internacional incumbido de tal competência encontra sua viabilidade apenas no cenário mundial contemporâneo. Sem embargo, em seus três séculos iniciais de existência², o Direito Internacional prescindiu de uma verdadeira cooperação entre Estados, vez que vinculado ao princípio da reciprocidade, corolário lógico da concepção clássica de soberania estatal. Foi somente no século XX, com ênfase especial nos desdobramentos pós-segunda guerra mundial, que surgiu uma nova postura dos atores internacionais, com o estabelecimento de regras supranacionais peremptórias, cujo reflexo incidiu de forma direta na interpretação do conceito de soberania.

Em vista da repercussão que esse tema traz ao Direito Internacional, culminando, em específico, no ambiente propício à aprovação do Estatuto do TPI, dedica-se o capítulo introdutório do presente trabalho à análise do deslocamento hermenêutico sofrido pelo conceito de soberania, das abordagens absolutistas de Estado para sua conotação hodierna, caracterizada, nas palavras de TRINDADE,

¹ O relacionamento de jurisdições não é conflituoso. Como se analisará com mais profundidade adiante, o Tribunal Penal Internacional adota o princípio da complementaridade às jurisdições nacionais para seu acionamento.

² Alude-se ao surgimento do Direito Internacional como ciência autônoma e sistematizada, conforme ensinamento de: ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio Nascimento e. *Manual de Direito Internacional Público*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 11. Esse também é o entendimento observado em: MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006, p. 32. Por esta consideração, o Direito Internacional surgiria apenas com o Tratado de Vestefália, em 1648. Conforme se demonstrará adiante, as relações entre sociedades politicamente organizadas originam-se já na Antiguidade, não se podendo, nada obstante, extrair delas o conteúdo de um verdadeiro Direito Internacional.

“pela gradual superação da objeção da pretensa competência nacional exclusiva e a concomitante asserção da capacidade processual internacional dos indivíduos”.³ Verificar-se-á que o estabelecimento de normas de caráter obrigatório entre os entes estatais, denominadas *jus cogens*, configuraram passo importantíssimo para a criação de uma verdadeira ordem jurídica internacional, idéia essa que ganha novo contorno com a criação do TPI.

Vencida esta etapa preliminar, adentra-se nas considerações acerca dos antecedentes históricos de julgamentos internacionais de indivíduos acusados de praticar graves crimes contra a humanidade. Consequência inafastável da questão abordada na primeira parte do trabalho, constatar-se-á que a historiografia não registra grandes Tribunais Internacionais senão a partir do século XX, notadamente devido à ocorrência, neste período, de dois grandes conflitos bélicos de proporções mundiais. Serão abordados em específico, após um sintético comentário sobre os julgamentos oriundos da Primeira Grande Guerra, os Tribunais Militares criados após a Segunda Guerra Mundial, conhecidos como Tribunal de Nuremberg e Tribunal de Tóquio, para julgar oficiais do Eixo por graves crimes internacionais. Serão também analisados os mais importantes Tribunais *ad hoc* criados na década de 1990 pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas, competentes para apreciar violações de direitos humanos e humanitários na ex-Iugoslávia e em Ruanda.

Nesta análise, discorrer-se-á sobre a estrutura das Cortes, competências, funcionamentos e julgados, dando-se ênfase àquilo que serviu de base para o modelo de Tribunal construído pelo Tratado de Roma.

De posse dessas informações, chegar-se-á ao núcleo deste trabalho, consubstanciado na apreciação do complexo Estatuto do Tribunal Penal Internacional. Será vista, detidamente, a composição organizacional do TPI, seus órgãos administrativos e jurisdicionais, bem como a função que cada um exerce na Corte. Destaque se faz à Procuradoria, órgão independente de acusação desvinculado hierarquicamente do Tribunal, mas cujas atribuições estão igualmente previstas naquele Estatuto.

³ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. In: *Revista Arquivos do Ministério da Justiça*, 182, 1993. Apud: MAIA, Marrielle. *Tribunal Penal Internacional: aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.40.

Importante, da mesma forma, os apontamentos feitos em torno das questões do direito penal material. Serão analisados os princípios sob os quais flui a persecução penal e, ainda, os crimes em espécie de competência da Corte, a saber, crime de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crime de agressão, este último inaplicável até o presente momento em virtude de sua falta de definição.

Todas essas explanações acerca do Tribunal Penal Internacional serão de especial importância para a compreensão do item. 3.3, o qual desvela a perspectiva dinâmica da Corte, qual seja, os procedimentos de sua persecução penal propriamente dita, destacando o caráter subsidiário do TPI em face das jurisdições domésticas, o início da investigação, o devido processo legal, bem como a fase de execução em caso de condenação do acusado.

Por fim, antes de tecer as considerações finais, não se furta este trabalho de realizar um cotejo entre o Estatuto de Roma e a ordem jurídica brasileira, haja vista sua incorporação no direito pátrio através do Decreto nº 4.388/2002. Ver-se-á que, a despeito de alguns institutos parecerem, *prima facie*, incompatíveis com nosso ordenamento, são plenamente aplicáveis, tendo-se, em vista, como premissa maior do sistema jurídico, a proteção jurídica efetiva do ser humano.

CAPÍTULO I. A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE SOBERANIA NA CONSTRUÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO INTERNACIONAL

As primeiras reflexões teóricas acerca da soberania remontam ao século XVI, sendo creditada a Jean BODIN a primeira obra a definir seu significado. Assevera, em *Les Six Livres de la Republique*, o doutrinador francês:

“A soberania é o poder absoluto e perpétuo de uma República, palavra que se usa tanto em relação aos particulares, quanto em relação aos que manipulam todos os negócios, quanto em relação aos que manipulam os negócios de estado de uma República”.⁴

A noção de soberania, sob o viés de BODIN, apresenta-se como elemento indissociável do Estado. Qualquer sociedade política que não dispõe de um controle centralizado sobre seu território e população não se configura como tal. Por essa razão, lembra DALLARI, certo posicionamento teórico tende a associar a existência do Estado ao surgimento do chamado “Estado Moderno”. Dentre os seguidores desta corrente encontra-se Karl SCHMIDT, para quem a figura de uma entidade estatal está condicionada justamente ao exercício efetivo da soberania.⁵

Neste mesmo diapasão, PALLIERI precisa o ano exato de surgimento do Estado, *in verbis*: “a data oficial em que o mundo ocidental se apresenta organizado em Estado é a de 1648, ano em que foi assinada a paz de Westfália”.⁶ Não por

⁴ BODIN, Jean. *Les Six Livres de la Republique*, 1583, Apud: DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.76.

⁵ Segundo DALLARI, os teóricos do Estado dividem-se em três compreensões quanto ao aparecimento do Estado. Além da já citada, que atribui ao Estado características surgidas apenas na Era Moderna, existe o posicionamento mais radical de que o Estado sempre existiu entre os homens, haja vista que estes, desde seus primórdios, apresentam-se sobre a forma de agrupamento organizado. Uma terceira corrente intermediária as outras duas, defende a existência de um período primitivo em que os homens não viviam em comunidade. Mas, por conveniência ou necessidade, resolvem viver conjuntamente subordinados a uma autoridade soberana, levando a formação de um Estado. Para informações mais aprofundadas sobre a origem do Estado: DALLARI, Dalmo de Abreu. *op. cit.* p. 59.

⁶ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *op. cit.*, p. 32.

acaso, é com esse mesmo evento histórico que nasce o Direito Internacional⁷, voltado ao estudo das relações jurídicas entre os sujeitos internacionais – Estados, por excelência.

De fato, em épocas pré-modernas, inexistia no plano fático uma entidade organizacional delineada nos moldes característicos do Estado Moderno. O mesmo se diga quanto aos estudos sobre a estrutura das sociedades políticas das Eras Antiga e Medieval. Entre os clássicos gregos, a preocupação filosófica precípua não girava em torno de questões atinentes à origem e legitimação do poder estatal, mas sim das formas de governo. Em Platão, o tratamento filosófico dirigido às questões políticas pouco tinha de descritivo, inclinando-se mais a esboçar a constituição de uma Cidade-Estado ideal. Resume BOBBIO a principal obra platônica⁸:

“O diálogo de ‘A República’ é, como todos sabem, uma descrição da república ideal, que tem por objetivo a realização da justiça entendida como atribuição a cada um da obrigação que lhe cabe, de acordo com as próprias aptidões. Consiste na composição harmônica e ordenada de três categorias de homens – os governantes-filósofos, os guerreiros e os que se dedicam aos trabalhos produtivos”. (...). Trata-se de um Estado que nunca existiu em lugar nenhum”.

A filosofia aristotélica também não se deteve às questões afetas ao poder estatal. Para o discípulo de Platão, não haveria razão para se indagar sobre os elementos caracterizadores de um Estado, pois o homem, animal político por natureza, nunca subexistiu fora de uma estrutura politicamente organizada:⁹

“Na ordem natural, o Estado antepõe-se à família e a cada indivíduo, visto que o todo deve, obrigatoriamente, ser posto antes da parte”. (...). “Ora, o que não consegue viver em sociedade, ou que não necessita de nada porque se basta a si mesmo, não participa do Estado; é um bruto ou uma divindade. A natureza faz assim que todos os homens se associem”.

Ainda na Antiguidade, a experiência histórica romana igualmente não logrou produzir uma concepção de Estado soberano assemelhada à perspectiva moderna. Embora a expansão do império tenha contribuído para as interações entre povos de diferentes origens, a universalidade que se pretendia com a *pax romana*, sob a

⁷ Ver Nota 2.

⁸ BOBBIO, Norberto. *A teoria das formas de governo*. Brasília: UnB, 2001, p. 45.

⁹ ARISTÓTELES. *Política*. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 14-15.

égide de um único poder, não abria margem à existência de uma comunidade de Estados. Nos ensinamentos de DALLARI¹⁰:

“Em Roma também não se chega a qualquer noção que se possa considerar semelhante ou análoga à de soberania. Com efeito, os termos *majestas*, *imperium* e *potestas*, usados em diferentes circunstâncias com expressão de poder, ou indicam poderio civil ou militar, ou revelam o grau de autoridade de um magistrado, ou ainda podem externar a potência e a força do povo romano. Nenhuma delas, porém, indica poder supremo do Estado em relação a outros poderes ou para decidir sobre determinadas matérias”.

Diferentemente, na Idade Média, período em que a religião exercia influência plena sobre todos os âmbitos do saber, encontram-se algumas tentativas de justificar a origem e a legitimação do poder do Estado. Não obstante, o principal escopo destas reflexões se revela teológico, no sentido de manifestar a submissão do poder terreno ao poder divino expressado através da Igreja. A universalidade religiosa pretendida neste contexto, incidindo na forma de controle sobre os Estados, tolhia das doutrinas teológicas a formulação da idéia de poder estatal soberano.¹¹ Note-se que, para São Tomás de Aquino, mesmo o teor das leis internas está condicionado a uma conformação com os dogmas da Igreja¹²:

“As leis são injustas quando contrárias à moralidade divina: tais são as leis feitas por tiranos sedentos por idolatria, ou por qualquer outra coisa em desacordo com a lei divina: e leis desta natureza não devem, de forma

¹⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. *op. cit.*, p.75.

¹¹ Sobre as teorias do Estado no Medievo assim ensina AZAMBUJA: “Se bem que não seja possível classificar como uniformes as diversas teorias medievais, todas, no entanto, giravam em torno da relação entre o poder espiritual e o temporal, e a sua inspiração geral, haurida na interpretação dos Santos Padres sobre a Bíblia, era de que a fonte de todo poder é Deus (*omnis potestas a Deo*, dissera São Paulo) e a sua tendência geral o estabelecimento de um Estado universal, subordinado à Igreja universal”. AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 42. ed. São Paulo: Globo, 2001, p. 55.

¹² Trecho extraído da tradução inglesa da obra *Suma Teológica*: 1ª parte da 2ª parte, questão 96ª, art. 4º, intitulado “As leis humanas obrigam o homem em sua consciência?” (Whether Human Law Binds a Man in Conscience?). Texto Disponível em: <<http://www.gutenberg.org/files/17897/17897.txt>>. Acesso em 19/10/2009.

alguma, serem observadas, pois, conforme o ensinamento dos Atos 5:29, 'devemos obedecer antes a Deus que ao homem'". [tradução livre]

No plano fático, a dificuldade em se estabelecer os limites do poder de cada Estado, seja pela interferência da Igreja, seja pela estrutura econômico-social dos feudos, restringia as relações internacionais do período pré-moderno. Embora deva se admitir uma interação entre os diferentes povos desde a Antiguidade¹³, não existia uma verdadeira comunidade internacional, caracterizada pela aceitação de regras permanentes voltadas ao bem comum dos Estados.

Pois somente em fins da Idade Média se criou o ambiente propício para a estruturação de um ente estatal soberano, desvinculado de um poder maior a ele ou com ele conflitante, dando surgimento ao chamado Estado Moderno.

As relações internacionais sob a vigência do Estado moderno

Segundo JELLINEK, foi em França que se verificou pela primeira vez uma oposição direta entre Estado e Igreja, afirmando a independência plena do primeiro em relação à segunda. Foi igualmente em solo gaulês que perdeu força a outra instituição que se opõe à independência dos Estados: o feudo, cuja estruturação em diminutos territórios, sob o domínio exclusivo de um senhor feudal, impedia a relação direta entre o governo central e o povo.¹⁴ Em resumo, diz JELLINEK:¹⁵

"Não é sobre a base da doutrina geral, senão sobre o sólido fundamento do Direito Público Francês, sobre o qual se forma de um modo claro e definido uma nova doutrina do Estado e de seu poder, face à confusão própria da concepção medieval."(...) "O rei francês não aparece submetido à nada em

¹³ Aliando-se à tese de Sérgio KORFF, o internacionalista brasileiro ALBUQUERQUE MELLO, condiciona o aparecimento do Direito Internacional à verificação de duas ou mais coletividades que mantenham relações entre si. Desse modo, admite a existência do DI já na Idade Antiga, datando de 3.100 a.C. a elaboração do primeiro tratado que se tem notícia, cujo objeto consistia no estabelecimento de fronteira entre duas cidades da Mesopotâmia. Sobre a história das relações internacionais pré-modernas, ver: MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional*. 15. ed., v. 1., Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.163-171. O presente trabalho, não obstante, filia-se a posicionamento diverso quanto ao surgimento do Direito Internacional conforme já exposto anteriormente (Nota 2).

¹⁴ JELLINEK, Giorgio. *Teoria General Del Estado*. 2. ed., Companhia Editorial Continental, 1958, p. 359-365.

¹⁵ JELLINEK, Giorgio. *op. cit.*, p. 368-369.

virtude de privilégio, ou através de certas relações de fato, senão por um direito próprio e originário.”(...) “ A consequência destes direitos é que o rei da França é o primeiro rei do mundo que nem juridicamente nem de fato reconhece superior algum nas coisas humanas, nem no Papa”. [tradução livre]

Assim, da queda do regime feudal no ocidente, constrói-se o Estado moderno, caracterizado essencialmente por “um poder soberano, no sentido de supremo, reconhecido como o mais alto dentro de uma precisa delimitação territorial”.¹⁶

Desse modo, os interesses dos Estados que se consolidavam no continente europeu evidenciaram a necessidade de regulamentação para suas mútuas relações. Não apenas no âmbito comercial, com destaque para o intenso comércio marítimo da época, mas também no que tangia aos conflitos bélicos. Neste sentido, Hugo Grócio, considerado o pai do Direito Internacional, publicou, em 1625, sua obra-prima “*De iure belli ac pacis*” (Sobre a Lei da Guerra e da Paz), na qual procura estabelecer limites a conflitos entre nações baseado na existência de uma lei natural.

As idéias de Grócio tiveram grande aceitação no círculo intelectual europeu, tendo fortemente influenciado a celebração do Tratado de Vestefália, de 24 de outubro de 1648, que pôs fim ao conflito ocorrido no continente europeu conhecido como a Guerra dos Trinta Anos. Com a paz de Vestefália, estabeleceu-se, enfim, a figura do Estado completamente soberano no plano internacional, cujas relações com outros entes estatais deveriam se fundar no princípio da igualdade jurídica entre os Estados.

Embora seja inegável a contribuição da perspectiva de soberania para a consolidação do Direito Internacional, é certo também que suas características originais não permitiram a criação de uma comunidade internacional de nações. Explica-se.

Segundo DALLARI¹⁷, os doutrinadores apontam como uma das características da soberania a inalienabilidade. Trata-se de um poder político, portanto, que não pode ser transferido, sob pena de extinção do próprio Estado. Pode-se resumir a idéia de soberania no que Miguel REALE denomina de “*poder de*

¹⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. *op. cit.*, p.70.

¹⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. *op. cit.*, p. 81.

*organizar-se juridicamente e de fazer valer dentro de seu território a universalidade de suas decisões nos limites dos fins éticos de convivência”.*¹⁸

Não há dúvidas que tal característica ainda subexiste na concepção contemporânea de Estado, conforme se verá adiante. O que resta importante destacar é que entre os séculos XVII e XIX, a idéia de inalienabilidade da soberania era tido com absoluto, sendo inconcebível qualquer transferência de funções estatais a ente supranacional.

Em face desse “poder absoluto” do Estado, como já conceituava BODIN¹⁹, tornava-se improfícua qualquer deliberação sobre a existência de um organismo internacional que pudesse impor decisões aos Estados, inclusive substituindo-se em sua função jurisdicional. A preocupação do círculo teórico europeu a partir do século XVI estava mais direcionada, ao contrário, à proteção do ente estatal. Em “O príncipe”, uma das principais obras políticas da Era Moderna, MAQUIAVEL conceitua o Estado (*stato*) como a sociedade política que se desvincilhou de toda ingerência interna, constituindo uma cidade independente.

Para outro grande teórico desse período, Thomas HOBBS, o Estado é consequência de um acordo entre os homens no fim de evitar o estado de natureza, existente nos primórdios da humanidade, cuja falta de organização social levava a uma guerra de todos contra todos. Assim descreve as hostilidades humanas no ambiente do estado de natureza:²⁰

“Portanto, se dois homens desejam a mesma coisa, ao mesmo tempo que é impossível ela ser gozada por ambos, eles tornam-se inimigos. E no caminho para seu fim (que é principalmente sua própria conservação, e às vezes apenas seu deleite) esforçam-se por se destruir ou subjugar o outro”.

Vê-se que a tese contratualista de HOBBS, destoa do pensamento aristotélico, na medida em que nega o ser humano como “ser naturalmente político”. Para superar o ambiente bélico do estado de natureza, os indivíduos transferiram sua liberdade a um soberano, que, através do exercício do poder absoluto, traria

¹⁸ REALE, Miguel. *Teoria do Direito e do Estado*, 2 ed. São Paulo: Ed. Martins, 1960, p. 127.

¹⁹ Ver Nota 4.

²⁰ HOBBS, Thomas. *O Leviatã*. Apud: RIBEIRO, Renato Janine. Hobbes: o medo e a esperança. In: *Os clássicos da política*. São Paulo, Ática, 1989, p. 55.

segurança ao território sob seu domínio. Nasce, assim, o Estado, e com ele, a sociedade:²¹

“A única maneira de instituir um tal poder comum [a soberania estatal], capaz de defendê-los [os indivíduos] das invasões dos estrangeiros e das injúrias uns dos outros, garantindo-lhes assim uma segurança suficiente para que, mediante seu próprio labor e graças aos frutos da terra, possam alimentar-se e viver satisfeitos, é conferir toda sua força e poder a um homem ou a uma assembléia de homens, que possa reduzir suas diversas vontades, por pluralidade de votos, a uma só vontade. (...). Feito isto, à multidão assim unida numa só pessoa se chama de Estado, em latim *civitas*. É esta a geração daquele grande *Leviatã*, ou antes (para falar em termos mais relevantes) daquele *Deus Mortal*, ao qual devemos abaixo do *Deus Imortal*, nossa paz e defesa. Pois graças a essa autoridade que lhe é dada por cada indivíduo no Estado, é-lhe conferido o uso de tamanho poder e força que o terror assim inspirado o torna capaz de conformar as vontades de todos eles, no sentido da paz em seu próprio país, e da ajuda mútua contra os inimigos estrangeiros”.

Essas referências de HOBBS bem refletem o tratamento dados pelos teóricos da época às relações internacionais. Os Estados, em vista da inexistência de uma entidade superior capaz de limitar suas ações, vêm-se em um ambiente semelhante ao encontrado pelos indivíduos no estado de natureza, no limiar entre a paz e a guerra. Neste verdadeiro sistema anárquico, os Estados agem autonomamente, podendo recorrer ao uso da força se necessário à consecução de seus interesses.

Tal fundamentação da soberania estatal, no entanto, começou a sofrer uma substancial mudança com o pensamento liberal dos iluministas europeus, que construíram, partindo da mesma base contratualista, a noção da soberania popular. Um dos mais influentes desses pensadores, ROUSSEAU, assim descreve a passagem do estado de natureza para o estado civil:²²

“O que o homem perde com o contrato social é a sua liberdade natural e um direito ilimitado a tudo o que deseja e pode conseguir; o que ele ganha é a liberdade civil e a propriedade de tudo o que possui. Para não se confundir sobre essas compensações, é necessário distinguir entre a liberdade natural, que não é limitada senão pelas forças do indivíduo, e a liberdade civil, limitada pela vontade geral; e, também, deve-se diferenciar a posse,

²¹ HOBBS, Thomas. *op. cit.* p. 62.

²² Tradução livre da versão francesa. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du contrat social*. Paris: Flammarion, 2001, pg. 61.

que nada mais é que o efeito da força ou do direito do primeiro ocupante, e a propriedade, que só pode se fundar em um título positivo.”

Embora também contratualista, ROUSSEAU destoa do pensamento hobbesiano na medida em que não concebe a mesma fundamentação para o aparecimento da sociedade civil. Para o iluminista francês, o contrato social seria firmado principalmente para evitar os conflitos de posse, e não a guerra de todos contra todos. O Estado, nesta perspectiva, é criado para servir o indivíduo, não subjugá-lo pelo terror da punição, como o era em HOBBS. Sendo os homens que criam a sociedade civil, todos eles são participantes do corpo político do Estado, movido, portanto, pela vontade geral, de caráter inalienável:²³

“Eu digo, portanto, que a soberania, sendo o exercício da vontade geral não pode jamais ser alienada, e que o soberano, que não é outro senão um ente coletivo, só pode ser representado por si mesmo.”

Também considerado um dos expoentes do iluminismo europeu, John LOCKE atribui a existência do Estado a um pacto de consentimento firmado entre os homens no intuito de tolher os inconvenientes do estado de natureza, como violações aos direitos naturais à vida, à liberdade e à propriedade de bens.²⁴ O exercício do poder soberano, portanto, está limitado à proteção desses direitos. Se o governante excede seus cometimentos estabelecidos em lei, agindo em interesse próprio, disvirtua-se em tirano, o que confere aos governados legítimo direito de resistência:²⁵

“Onde quer que a lei termine, a tirania começa, se a lei for transgredida para dano de outrem. E aquele que exceda em autoridade o poder que a lei lhe conferiu, e lance mão da força de que dispõe para fazer ao súdito o que a lei não lhe permite, deixa de ser magistrado e, já sem autoridade, poderá sofrer oposição como qualquer um que viole o direito de outrem”

²³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *op. cit.*, pg. 65.

²⁴ LOCKE, John, *Segundo Tratado sobre o Governo*. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 92.

²⁵ LOCKE, John, *op. cit.*, p. 139.

Em que pese as teorias iluministas não terem influenciado de imediato na evolução das relações internacionais, foram elas que possibilitaram a transição do Estado absolutista, centrado no poder ilimitado do soberano, ao Estado de direito, voltado à satisfação das necessidades humanas. Assim, como resultado da mudança do foco estatal para o aspecto protetivo do ser humano, têm-se lugar as primeiras discussões efetivas acerca da tarefa da comunidade internacional em proteger os direitos fundamentais dos indivíduos, cujo reflexo encontra-se no desenvolvimento de regras peremptórias, já no século XX, no âmbito dos direitos humanos e do direito internacional humanitário.

1.2. O direito cogente (*jus cogens*) na ordem jurídica internacional contemporânea

Embora deva se reconhecer que, no íterim do século XIX, a mobilização em direção à criação de uma comunidade internacionalizada de Estados não pode ser ignorada, destacando-se as políticas intervencionistas da Santa Aliança, na Europa, e da doutrina Monroe, no continente americano, bem como vários encontros internacionais²⁶, predominou durante todo o período certa instabilidade no cenário internacional, diante da possibilidade iminente de guerra.

O princípio absoluto da reciprocidade entre os Estados, derivação de suas soberanias, encontrava-se ainda presente no início do século XX, como se observa de sua consagração nos 13 tratados que compõe o Direito de Haia, de 1907, que trata do direito à guerra justa (*jus ad bellum*) inerente a todo Estado ameaçado.

É somente com o término da Segunda Guerra Mundial que se vislumbra o estabelecimento de uma nova ordem internacional, a partir da construção de regras imperativas aos Estados no que tange à preservação da paz e dos direitos humanos. Lembra Marriele MAIA que o eminente professor americano Louis HENKIN considera a existência de um Direito Internacional pré e outro pós-1945,

²⁶ Mencionam-se, neste sentido, o Congresso de Paris, de 1856; a 1ª Convenção da Cruz Vermelha, de 1864; a Declaração de 1868, contra projéteis explosivos ou inflamáveis; o Congresso de Berlim, de 1878; a Conferência Africana de Berlim, de 1884-1885; a Conferência de Bruxelas, de 1889-1890, contra o tráfico de escravos; a Primeira Conferência Internacional dos Países Americanos, realizada em Washigton, de 1889-1890 e a 1ª Conferência da Paz, em Haia, de 1899.

dada a mudança paradigmática das relações internacionais que se seguiram após a Segunda Grande Guerra.²⁷

Nesta esteira, a criação da Organização das Nações Unidas (ONU), instituída pela Carta de São Francisco de 1945, é marco histórico ímpar para a integração das nações, dada sua permanência até os dias atuais, ao contrário da experiência fracassada da Liga das Nações (1919-1946). Mais que interesses políticos ou econômicos, foram razões humanitárias – em vista das atrocidades perpetradas durante as duas grandes guerras – que motivaram a criação desta organização internacional de agregação dos Estados. Assim lê-se do preâmbulo daquela Carta:

“NÓS, OS POVOS DAS NAÇÕES UNIDAS, RESOLVIDOS

a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla.

E PARA TAIS FINS,

praticar a tolerância e viver em paz, uns com os outros, como bons vizinhos, e unir as nossas forças para manter a paz e a segurança internacionais, e a garantir, pela aceitação de princípios e a instituição dos métodos, que a força armada não será usada a não ser no interesse comum, a empregar um mecanismo internacional para promover o progresso econômico e social de todos os povos.

RESOLVEMOS CONJUGAR NOSSOS ESFORÇOS PARA A CONSECUÇÃO DESSES OBJETIVOS.”

Não há dúvidas que os propósitos da ONU vão em sentido diametralmente oposto à ordem internacional então vigente, fundada esta, sobretudo, no princípio da reciprocidade entre os Estados. Observa-se uma mitigação do poder estatal em face da comunidade internacional, analogicamente semelhante, *mutatis mutandis*, à passagem do estado de natureza ao estado civil das teorias contratualistas acima expostas²⁸. A liberdade que o Estado antes dispunha de evocar o *jus ad bellum*,

²⁷ MAIA, Marrielle. *op. cit.* p. 36.

²⁸ Não há a criação aqui de um aparato estatal ao qual se submetem os Estados. Estamos nos referindo a criação de um aparato legal no intuito de fornecer uma convivência tolerável entre os Estados.

muitas vezes por meros interesses políticos, passa a não existir mais, conforme se o art. 2º, § 4º, da Carta de São Francisco:

“Os membros da Organização, em suas relações internacionais, abster-se-ão de recorrer a ameaças ou ao uso da força contra a integridade territorial ou independência política de qualquer Estado ou de qualquer outra forma incompatível com os propósitos das Nações Unidas.”

Nem mesmo os não-membros da ONU se furtam dessa obrigação, por imposição do § 6º daquele mesmo artigo, segundo o qual “a Organização fará com que os Estados que não são Membros das Nações Unidas ajam de acordo com esses princípios em tudo quanto for necessário à manutenção da paz e da segurança internacionais.”²⁹

É diante desse novo panorama que puderam vir à luz certas regras peremptórias de limitação aos Estados, ou seja, normas jurídicas que não admitem ab-rogação nem revogação parcial por qualquer outra fonte normativa: a essas normas do Direito Internacional dá-se a denominação de *jus cogens*.

Conforme aponta Tatyana FRIEDRICH, citando ALEXIDZE, a existência de normas imperativas nas relações internacionais é tema discutido há mais de um século, mas a construção teórica de *jus cogens*, como norma efetiva do Direito Internacional, não encontra precedentes em data anterior à década de 1930.³⁰ De fato, ainda nas observações de FRIEDRICH, a expressão latina *jus cogens* é atribuída ao internacionalista Alfred VERDROSS, em livro publicado em 1935, sobre os princípios gerais do Direito na jurisprudência internacional.³¹

²⁹ Os princípios a que alude o dispositivo dizem respeito ao conteúdo dos cinco parágrafos anteriores do art. 2º, que estabelecem, além do já citado parágrafo quarto, os seguintes mandamentos: paridade entre os Estados-membros; obrigação de cumprimento dos deveres decorrentes da Carta; resolução de conflitos por meios pacíficos; dever de auxílio em ação da Organização e de abstenção de ajuda às nações que agem em desconformidade à Carta.

³⁰ FRIEDRICH, Tatyana Scheila. *As normas imperativas de Direito Internacional Público: Jus Cogens*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 28.

³¹ Segundo a autora, estas seriam as palavras de VERDROSS, em *Les Principes Généraux Du Droit dans la Jurisprudence Internationale*, RCADI, 52, II, 1935, p. 206,: “se, por um lado, uma regra positiva encontra-se em oposição a um princípio geral de *jus cogens*, está claro que ela deve ceder ao princípio que rege a matéria”. FRIEDRICH, Tatyana Scheila. *op. cit.*, p. 28.

Se em seara doutrinária a abordagem ao tema do *jus cogens* é vislumbrada antes da criação da ONU, sua citação expressa em texto jurídico internacional só ocorre em 1969, com a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.³²

Nos artigos 44, 53, 64, 66 e 71, a CVDT faz referência à existência de normas imperativas de direito internacional com as quais nenhum outro acordo entre sujeitos internacionais pode conflitar. Dessas cinco disposições, a de maior relevância é a do art. 53, que fornece o conceito de *jus cogens*:

Tratado em Conflito com uma Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (*jus cogens*). É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza. [grifo nosso]

Uma das grandes dificuldades de aplicação do *jus cogens* gira em torno de seu conteúdo, haja vista que a Comissão de Direito Internacional da ONU optou por não identificar em específico as normas cogentes na redação final da CVDT. Não obstante, a doutrina majoritária reserva caráter peremptório ao direito humanitário, posição que encontra respaldo jurisprudencial da Corte Internacional de Justiça.³³

Se as normas jurídicas internacionais de proteção da pessoa humana em tempo de guerra são assim consideradas, não é diferente em relação àquelas voltadas a resguardar às esferas jurídicas individuais em qualquer situação, edificadoras do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Assim, em vista da primazia da pessoa humana em face do Estado, a partir da consideração do indivíduo não mais como mero elemento característico daquele, mas verdadeiro beneficiário direto de regras do Direito Internacional, abriu-se espaço para a proteção efetiva da humanidade no plano internacional.

Essa nova mentalidade política, dirigida à construção de um efetivo sistema jurídico internacional, cuja faceta mais evidente tem se consubstanciado na introdução de normas internacionais de caráter cogente nas relações entre Estados, ganha novo sentido com a perda, em dados casos, do monopólio estatal na

³² Convenção assinada na capital austríaca em 23 de maio de 1969, quando da Conferência das Nações Unidas sobre Direito dos Tratados.

³³ FRIEDRICH, Tatyana Scheila. *op. cit.*, 100.

repressão de crimes tidos como lesa-humanidade, atribuição jurisdicional que, com o Estatuto de Roma, passa a ser do Tribunal Penal Internacional de Haia.

É certo que esta Corte foi estabelecida por acordo internacional multilateral, devendo, por isso, o Estado, em ato voluntário, expressar sua vontade de se submeter a sua jurisdição. Não está a se dizer que houve a supressão total da soberania estatal em favor da comunidade internacional. O que vale destaque é a nova postura dos Estados, em sua grande maioria, de ceder parcela deste poder a órgãos supraestatais (ou internacionais) no escopo de criar uma ordem jurídica mundial, com o estabelecimento de regras obrigatórias e mesmo, com o Estatuto de Roma, jurisdição internacional para julgamento de determinados crimes, tema esse que constitui o objeto específico do presente trabalho.

Antes, nada obstante, de se debruçar sobre as regras concernentes ao TPI, cumpre tecer algumas considerações prévias acerca das experiências históricas de Tribunais Penais vivenciadas pela comunidade internacional. Tal relato, a partir de um viés crítico sobre as razões de criação e o *modus operandi* destas instituições, traduz-se em substrato indelével para se entender os caminhos históricos que levaram à criação de um Tribunal de caráter permanente para julgar crimes internacionais, tal como estabelecido pelo Estatuto de Roma.

CAPÍTULO II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE CORTES PENAIS INTERNACIONAIS

A preocupação da humanidade em evitar crimes violadores de seus mais altos valores morais não é recente. Já no século XV, mais precisamente em 1474, registra-se o funcionamento de um tribunal criado em conjunto por Estados europeus, com o fim específico de processar e julgar pessoa acusada de vários delitos contrários às leis de Deus e dos homens.³⁴

Já a idéia de instituição de um tribunal penal de caráter permanente foi esboçada há aproximadamente um século pelo suíço Gustave MOYNIER, cofundador do Comitê Internacional da Cruz Vermelha. Em comentário à Convenção

³⁴ MELLO, Celso D. De Albuquerque. *op. cit.*, p. 934.

de Genebra de 1864³⁵, seis anos após sua realização, expressou sua preocupação no efetivo cumprimento das normas internacionais de direito humanitário:³⁶

“[tratado internacional não é senão] um contrato cujos signatários não poderiam ditar penas contra si mesmos e a que nada poderiam decretá-las, nem aplicá-las. Parece que a única garantia racional consistiria em instituir um tribunal internacional com poderes suficientes para impor decisões posto que a Convenção de Genebra suaviza, neste aspecto, a imperfeição inerente a todos os tratados internacionais”.

Influenciado pelas atrocidades ocorridas na guerra franco-prussiana, MOYNIER apresentou em reunião do Comitê Internacional da Cruz Vermelha, a 3 de janeiro de 1872, sua proposta concernente a estruturação de um Tribunal Penal Internacional, composto de três juízes, que passaria a funcionar automaticamente em caso de guerra entre partes signatárias do tratado que previssem sua criação.³⁷ Não obstante seu caráter progressista, a proposta de MOYNIER não teve grandes repercussões no âmbito internacional.

Já no século XX, não à toa denominado de “A Era dos Extremos”³⁸, verifica-se, desde seu início, profundas mudanças no cenário internacional. Assoma-se como a primeira grande agitação deste período o conflito bélico iniciado no continente europeu em meados da década de 1910, entre o Império austro-húngaro e a Sérvia.

Devido às proporções que a guerra tomou, com a participação de países de outros continentes, convencionou-se denominá-la de Primeira Grande Guerra ou, ainda, Primeira Guerra Mundial. Saiu vencedora deste conflito armado a chamada

³⁵ A Convenção de Genebra de 1864, também conhecida como 1ª Convenção de Genebra, regulamentou as normas internacionais referentes ao tratamento conferido aos soldados feridos em combate. Trouxe, portanto, amparo internacional aos préstimos realizados pelo recém-criado Comitê Internacional para Ajuda aos militares feridos, fundado no ano anterior, que, em 1876, passou a ser denominado de Comitê Internacional da Cruz Vermelha.

³⁶ HALL, Christopher Keith. La primera propuesta de creación de un tribunal penal internacional permanente. *Revista Internacional de la Cruz Roja*. Genebra, n° 145, mar. 1988, p. 63. Apud: FERNANDES, David Augusto. *Tribunal Penal Internacional: a concretização de um sonho*. Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 126.

³⁷ FERNANDES, David Augusto. *op. cit.* p. 129. Segundo este autor, uma análise mais atenta sobre a proposta de Moynier, contando na íntegra com 10 artigos, pode ser encontrada em: MOYNIER, Gustave. Note sur La création d’une institution judiciaire internationale propre à prévenir et à réprimer les infractions à la Convention de Genève, *Bulletin international des sociétés de secours aux militaires blessés*, Comitê Internacional, n° 11, abr. 1872.

³⁸ Título da obra do historiador inglês: HOBBSBAWN, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX, 1914-1991*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

Tríplice Entente (Grã-Bretanha, França e Estados Unidos), apoiadora da Sérvia, e, como derrotada, a Tríplice Aliança (Alemanha, Império Austro-Húngaro e Império Turco-Otomano). O Tratado de Versalhes, assinado em 28 de junho de 1919, que estabeleceu o fim da guerra, dentre outras disposições previu a criação de uma Corte para processar e julgar criminalmente o Kaiser alemão Guilherme II, bem como os oficiais militares acusados de violar os tratados internacionais, em especial no que tangia às leis da guerra.³⁹

Após três anos de investigações, cuja incumbência esteve a cargo da *Comission of the Authors of War and on Enforcement of Penalties*, foram submetidas a julgamento 45 pessoas das 895 inicialmente listadas. Não se pode olvidar do cunho eminentemente político espelhado na atuação deste Tribunal, haja vista que vários criminosos, inclusive o próprio Kaiser alemão, deixaram de ser acusados, tudo para evitar novos conflitos no continente europeu.⁴⁰

No período entreguerras, relevante é destacar duas tentativas de criação de um Tribunal Penal Internacional. A primeira refere-se ao projeto de 1926 elaborado pela Comissão Internacional de Direito Penal, que recebeu apoio apenas da Índia. Um segundo projeto, confeccionado pela extinta Liga das Nações em 1937, teve fim ainda pior: não obteve suporte de Estado algum.⁴¹

Foi com a Segunda Guerra Mundial, porém, que se verifica maior impacto nas relações internacionais. Acompanhou esta toada o sistema internacional de

³⁹ MAIA, Marrielle. *op. cit.*, p. 46.

⁴⁰ MAIA, Marrielle. *op. cit.*, p. 47.

⁴¹ PEIXOTO, A. K. O estabelecimento do tribunal penal internacional. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*. 113/118, 1998, p. 173-188.

justiça, a partir da criação de importantes Tribunais *ad hoc* para julgar os criminosos de guerra. Devido à sua relevância histórica, notadamente no que influi na elaboração do Estatuto de Roma, passam esses Tribunais a ser analisados separadamente.

2.1. O Tribunal de Nuremberg

Os processos levados a efeito entre 1945 e 1949 na cidade alemã de Nuremberg, com a finalidade de apreciar os crimes internacionais perpetrados pelos oficiais nazistas, são de especial importância para o Direito Internacional Penal. Os primeiros traços deste Tribunal Militar foram delineados, no entanto, antes mesmo do final da Guerra. A declaração assinada pelos Aliados no palácio de St. James, em Londres, na data de 13 de janeiro de 1942, já estabelecia uma comissão para investigar os crimes de guerra, cujos perpetradores seriam denunciados e julgados perante um Tribunal Internacional *ad hoc*.

Vale ressaltar que aquela comissão inquisitória considerou apenas os crimes de guerra, excluindo os crimes contra a humanidade, como o extermínio de judeus em campos de concentração.⁴² Não obstante, a Carta do Tribunal Penal Militar, vinda a lume pelo Acordo de Londres de 8 de agosto de 1945, incluiu na competência jurisdicional do Tribunal os crimes contra a paz e os crimes contra a humanidade, todas definidas no art. 6º daquele documento.⁴³

No tocante à estrutura do Tribunal de Nuremberg, o art. 4º da Carta previu um órgão de julgamento formado por 4 membros, tendo cada Estado signatário

⁴² MAIA, Marrielle. *op. cit.*, p. 47-48.

⁴³ Segundo a Carta do Tribunal, assim se definem os três crimes sob sua jurisdição:

- a) Crimes contra a Paz: nomeadamente, planejamento, preparação, iniciação ou empreendimento de guerra de agressão, ou guerra em violação a tratado internacional, acordos ou garantias, ou participação em conluio ou conspiração para a realização de qualquer um destes atos;
- b) Crimes de guerra: nomeadamente, violações das leis ou costumes de guerra. Tais violação incluem, exemplificadamente, homicídio, maus-tratos ou deportação para trabalho forçado ou qualquer outro propósito do ou em território ocupado, assassinato ou maus-tratos de prisioneiros de guerra ou pessoas em mares, assassinato de reféns, pilhagem de propriedades públicas ou privadas, destruição deliberada de cidades ou vilarejos ou devastação não justificada por necessidade militar;
- c) Crimes contra a humanidade: nomeadamente, assassinato, extermínio, escravização, deportação e outros atos desumanos cometidos contra qualquer população civil, antes ou durante a guerra; ou perseguições de caráter político, racial ou religioso em execução de ou em conexão com qualquer outro crime da jurisdição deste Tribunal, sendo ou não violadoras do direito interno do país onde perpetradas.

(EUA, França, Grã-Bretanha e URSS) o direito de indicar um membro e seu suplente.⁴⁴ Os juízes eram praticamente inamovíveis enquanto perdurasse o processo, podendo haver substituição apenas por motivos de saúde ou por comprovada necessidade do Estado signatário (art. 3º). Além disso, conforme anotação de FERNANDES⁴⁵, esses magistrados eram tecnicamente desnacionalizados, no intuito de imprimir caráter universal às suas decisões, como efetivos representantes da humanidade.

A despeito dessas medidas, sempre se questionou a posição arbitrária das potências vencedoras em afastar da composição do Tribunal membros de países neutros, ou mesmo da Alemanha, maior interessada na punição dos acusados. Reflexão lúcida sobre o tema é realizada por Brito GONÇALVES, segundo o qual as decisões oriundas de Nuremberg teriam sido muito menos polêmicas se houvesse maior participação da comunidade internacional nos julgamentos.⁴⁶

A atuação dos quatro membros do Ministério Público (“*Prosecutors*”), escolhidos da mesma forma que os juízes do Tribunal, foi estabelecida por um rol de atividades dispostos nos arts. 14 e 15 da Carta do Tribunal Militar. Tais atribuições excediam as incumbências tradicionais do *Parquet* no modelo romano-germânico, aplicado, dentre as nações signatárias, pelo Judiciário francês. Adotou-se, portanto, um procedimento de caráter acusatório, típico do sistema processual anglo-saxão, no qual se retira do juiz parte de seu poder em conduzir o processo, relegando-o a mero fiscalizador da higidez dos atos praticados pelas partes.⁴⁷

A competência jurisdicional do Tribunal Penal Militar, nos termos do art. 1º da respectiva Carta, estabeleceu-se, em especial, em razão da nacionalidade do acusado (*ratione personae*), vez que sua criação intentava “julgar e punir de modo

⁴⁴ Foram indicados para compor a Corte, como membros titulares, Lorde Geoffrey Lawrence (magistrado inglês), Francis Biddle (magistrado da Corte de Apelação dos EUA), Henri Donnedieu de Vabres (jurista francês) e Major-General Iona T. Nikitchenko (vice-presidente da Corte Suprema da URSS).

⁴⁵ FERNANDES, David Augusto. *op. cit.*, p. 47-48.

⁴⁶ GONÇALVES, Joanival Brito. *Tribunal de Nuremberg 1945-1946: a gênese de uma nova ordem no direito internacional*. Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p. 77.

⁴⁷ GONÇALVES, Joanival Brito. *op. cit.*, p. 85.

apropriado e imediato os grandes criminosos de guerra do Eixo europeu”. A competência em razão do tempo (*ratione temporis*), por óbvio, limitou-se aos atos praticados durante o conflito bélico.

Cabe a consideração de que, a despeito da interpretação literal do citado artigo, a partir do qual se infere que todos os criminosos europeus estariam sujeitos à jurisdição do Tribunal, o processamento de criminosos não-alemães esteve sempre na dependência de extradição. Dessa forma, em especial no que tange aos criminosos italianos, muitos deixaram de ser julgados e punidos pela violação às normas penais internacionais.⁴⁸

O Tribunal de Nuremberg possibilitou o julgamento de 22 integrantes do III Reich alemão. Destes, 12 receberam a pena máxima de morte, e apenas 3 foram totalmente absolvidos.⁴⁹

Importante anotar que não figuraram apenas indivíduos como acusados, mas também pessoas jurídicas, a saber: o Gabinete do Reich, o Corpo de dirigentes do Partido Nazista, a Unidade Especial de Proteção dos líderes do Partido (*Schutzstaffel* ou SS), a Força de Assalto do Partido (*Sturmabteilung* ou SA), o Serviço de Segurança do Reichführer (*Sicherheitsdienst* ou SD), a Polícia Secreta do Estado (*geheimes Staatspolizeiamt* ou Gestapo) e o Alto Comando da Wehrmacht (OKW). Dessas sete, foram absolvidas o Gabinete do Reich, o OKW e a AS, sendo as demais declaradas organizações criminais, recebendo, como pena, sua dissolução compulsória.

Em termos gerais, pode-se dizer que o Tribunal de Nuremberg representou importante avanço na repressão aos crimes de caráter internacional, que comumente permaneciam impunes quando levados a conhecimento das jurisdições domésticas. Não obstante, não há como prescindir de uma observação crítica sobre seu funcionamento. É patente sua motivação eminentemente política, arbitrariamente constituído e controlado pelas potências vencedoras. Tanto o é que, a despeito das notórias atrocidades cometidas pelos Aliados durante a Guerra, como, por exemplo, o episódico massacre de oficiais poloneses por soviéticos, seus perpetradores nunca foram levados a julgamento.

⁴⁸ MAIA, Marrielle. *op. cit.*, p. 49.

⁴⁹ Para informações completas sobre os acusados, seus cargos dentro do governo nazista, bem como suas condenações, ver: FERNANDES, David Augusto. *op. cit.* p. 52-55.

Críticas ao Tribunal de Nuremberg foram igualmente tecidas por juristas, diante da inobservância de princípios consolidados do Direito Penal em prejuízo dos acusados.

O primeiro destes princípios diz respeito ao mandamento do juiz natural na aplicação da sanção criminal. De fato, não se pode olvidar que a Corte de Nuremberg fora um verdadeiro tribunal de exceção, criado *a posteriori* pelos vencedores do conflito bélico.

Outro princípio que teria sido violado seria a proibição de se aplicar pena sem sua expressa previsão em tipo legal anterior à ocorrência do fato, princípio este sintetizado pelo brocardo latino *nullum crime, nulla poena, sine lege*. Esta especialidade do princípio da legalidade efetivamente não foi observada nos julgamentos de Nuremberg, pois, como já antecipado, a definição dos crimes veio à lume apenas com a Carta de Londres de 1945, posterior aos fatos tidos como ilícitos pelo Tribunal.

Por fim, existiram críticas partidas de alguns internacionalistas, segundo os quais não caberia responsabilidade internacional de indivíduos, apenas de Estados. Essa visão, como se verá adiante, já constitui matéria vencida, principalmente com o estabelecimento do TPI de Haia.

Pelos seus acertos ou erros, o certo é que o Tribunal de Nuremberg consistiu em notável experiência à prática do Direito Internacional, tendo influência direta na elaboração dos Tribunais internacionais penais que surgiram ao longo do século XX.

2.2. O Tribunal de Tóquio e demais julgamentos relacionados à Segunda Guerra Mundial

Se os julgamentos de Nuremberg constituem o objeto principal da historiografia ocidental sobre as punições pós-guerra, fato é que não existiu apenas

um único Tribunal Penal instituído pela comunidade internacional logo após findo o conflito.

Houve, igualmente, a criação do Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente (ou, simplesmente, Tribunal de Tóquio), em que se observa um paralelo bem semelhante ao do Nuremberg. A previsão daquele Tribunal também se deu antes do fim do conflito, mais precisamente em 1º de dezembro de 1943, data em que, na cidade do Cairo, Egito, representantes da China, Grã-Bretanha e Estados Unidos manifestaram suas intenções em levar a efeito processos criminais contra oficiais japoneses.

Com a rendição do império japonês em 2 de setembro de 1945, criou-se o ensejo para o funcionamento do referido Tribunal, o que foi efetivamente realizado em janeiro de 1946, quando, na conferência de Moscou, o general americano Douglas MacArthur promulgou seu Estatuto.

Os trabalhos do Tribunal de Tóquio tiveram início em 29 de abril de 1946, com *modus operandi* muito semelhante ao de Nuremberg. Também auferia sua competência em função do tempo e da pessoa, quando esta fosse acusada de pelo menos uma das três espécies dos delitos internacionais: crimes contra a paz, contra as normas de guerra e contra a humanidade. Diferenciou-se do Tribunal de Nuremberg pela composição mais democrática da magistratura, formada por onze membros de nacionalidades diferentes.⁵⁰ A mesma diversidade encontra-se no órgão de acusação, sob a chefia do jurista e político norte-americano Joseph Berry Keenan.

Foram levados a julgamento, diferente de Nuremberg, apenas pessoas físicas, em número de vinte e cinco. Destes, nenhum recebeu absolvição, sete foram condenados à morte, dezesseis à prisão perpétua e dois condenados a sete e vinte anos de prisão.⁵¹

Em vista das semelhanças com a Corte de Nuremberg, prescinde de comentários adicionais o funcionamento do Tribunal de Tóquio, aplicando-se, neste caso, as mesmas críticas tecidas quanto à primeira. A despeito da composição

⁵⁰ Foram representadas no órgão jurisdicional as seguintes nações: Austrália, Canadá, China, Estados-Unidos, Filipinas, França, Holanda, Nova Zelândia, Reino Unido, União Soviética e Índia, sendo que este último Estado participou como país neutro, vez que não participou do conflito bélico.

⁵¹ As informações completas sob os acusados do Tribunal de Tóquio, da mesma forma que aquelas relativas aos de Nuremberg, podem ser encontradas em: FERNANDES, David Augusto *op. cit.*, p. 59-63.

pluralista da magistratura, pouca imparcialidade existiu nos julgamentos. A ingerência política, notadamente dos Estados Unidos, foi visível em todo o processo. Houve, aqui também, seleção dos casos que seriam ou não submetidos à Corte, com a exclusão, por exemplo, do imperador japonês Hirohito. E, por óbvio, foram desconsiderados os crimes cujos artífices compunham a armada aliada durante a guerra.

Registram-se, ainda, outros julgamentos ligados a fatos ocorridos durante a Segunda Guerra Mundial, sem, porém, a mesma importância histórica que os referidos Tribunais Militares. Destacam-se, neste sentido, as perseguições levadas a efeito no território alemão ocupado, - com cada potência exercendo jurisdição em sua zona de influência -, na França e em Israel.⁵²

Toda essa experiência jurídica oriunda da Segunda Guerra Mundial, traduzida no esforço da comunidade internacional em punir quem, valendo-se de posição de comando, praticou ou incitou graves violações à raça humana, refletiu diretamente no modo de atuação da ONU ao longo do século XX.

Muito embora deva se admitir que, desde 1945, não houve a deflagração de outro conflito de proporção mundial, alguns episódios pontuais, devido a suas peculiaridades, também necessitaram da intervenção da comunidade internacional para que, uma vez verificado a existência de crimes contra os direitos humanos, seus perpetradores não ficassem impunes. Merecem estudo apropriado, nesta esteira, os dois principais Tribunais *ad hoc* criados pelo Conselho de Segurança da ONU, um para a ex-Iugoslávia outro para Ruanda.⁵³

⁵² FERNANDES, David Augusto. *op. cit.*, p. 64-67.

⁵³ Cita-se, ainda, a existência dos Tribunais Especial criados para Serra Leoa, conforme Resolução do CSNU n° 1315, de 14/08/2000, e para o Líbano, através da Resolução n° 1757, de 30/05/2007. Foram criadas, ainda, em parceria entre a ONU e o governo do Camboja, Câmaras Extraordinárias neste país para conhecer das violações a direitos humanos durante o regime ditatorial do partido comunista cambojano, conhecido com “Khmer Vermelho”. Trata-se, no entanto, de Tribunal doméstico com participação internacional, e não propriamente de um Tribunal Internacional.

2.3. O Tribunal *ad hoc* para a ex-Iugoslávia

A despeito de o conflito ocorrido em terras balcânicas na década de 1990 ter caráter muito mais interno, fez-se mister a ingerência da comunidade internacional para garantir a higidez das perseguições penais, haja vista que os acusados ocupavam altos postos oficiais de governo, podendo facilmente direcionar os julgamentos em seu favor caso se submetessem à jurisdição interna.

O motivo ensejador da criação deste Tribunal *ad hoc* foram os crimes cometidos no período de desintegração da República Popular da Iugoslávia, criada após a Segunda Guerra Mundial com o auxílio dos países aliados e que abrangia as seguintes repúblicas: Sérvia, Croácia, Eslovênia, Bósnia-Herzegovina, Macedônia, mais duas províncias autônomas: Voivodina e Kosovo.⁵⁴

Esse território confederado caracterizava-se pela grande diversidade étnico-religiosa de sua população. Não obstante, observava-se relativa coesão devido principalmente à ameaça de invasão pela União Soviética, visto que, apesar de também adotar o comunismo como sistema político, mantinha independência em relação a este último Estado.

Com a morte do marechal croata Josip Broz Tito em 1980, principal nome do partido comunista iugoslavo e verdadeiro condutor político do país, somado ao desmoronamento da URSS, o equilíbrio antes existente na Iugoslávia foi desfeito. Ressurgiram os conflitos oriundos das diferenças étnicas da população, relegadas por quatro décadas a segundo plano.

Os episódios bélicos tiveram início com a declaração de independência da Eslovênia e Croácia, as quais logo recebem retaliação das forças sérvias, sob ordens diretas do presidente Slobodan Milosevic. O mesmo ocorreu com a Macedônia e Bósnia-Herzegovina.⁵⁵

Segundo FERNANDES, o conflito iniciado pelos sérvios tinha como plano de fundo uma “limpeza étnica” no território iugoslavo, visando à formação de uma Grã-Sérvia. Restaram evidentes, portanto, as violações ao Direito Humanitário Internacional, com destaque para os atos de genocídio.⁵⁶

⁵⁴ MAIA, Marrielle. *op. cit.*, p. 158-159.

⁵⁵ KRIEGER, César Amorim. *Direito Internacional Humanitário: o precedente do comitê internacional da Cruz Vermelha e o Tribunal Penal Internacional*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 152-153.

⁵⁶ FERNANDES, David Augusto. *op. cit.*, p. 69-70.

Ressalte-se que a primeira manifestação do Conselho de Segurança da ONU foi bastante parcimoniosa. Em sua Resolução n° 713, de setembro de 1991, o Conselho classificou o conflito como doméstico, impondo apenas um embargo à venda de armamentos.⁵⁷ Outras resoluções vieram à medida em que se tornavam cada vez mais claras as atrocidades ocorridas na Iugoslávia, sendo o Tribunal efetivamente criado através da Resolução n° 808, de 22 de fevereiro de 1993.

O Tribunal para a antiga Iugoslávia deu início a seus trabalhos em 1996, na cidade de Haia, Holanda. Sua estrutura sofreu algumas alterações da forma original, composta, hodiernamente, por três câmaras de julgamento (com três juízes permanentes cada uma, e até seis *ad litem* se necessários), e as Câmaras de Apelação (formada por sete magistrados, sendo cada recurso julgado por cinco destes).⁵⁸

A competência do Tribunal *ratione temporis* abrange os crimes cometidos a partir do ano de 1991. Já no que tange aos crimes de sua apreciação, são aqueles esmiuçados entre os arts. 2 e 5 de seu Estatuto, sendo, basicamente, os encontrados na Convenção de Genebra de 1949, a saber, violação às leis da guerra, genocídio e crimes contra a humanidade. Procurou o Estatuto deixar explícitos diversos direitos processuais do acusado, arrolados em seu art. 22, além de seu direito de apelação, previsto no art. 25. Cumpre destacar, ainda, que a jurisdição do Tribunal, diferente dos Tribunais Militares, é concorrente com relação às Cortes domésticas, com a proibição de o acusado ser julgado duas vezes pelo mesmo crime (*non bis in idem*). Não obstante, o Tribunal Internacional tem primazia sobre o poder judiciário interno, podendo avocar o feito se entender que a Corte doméstica não possui imparcialidade necessária para conhecer do caso.

⁵⁷ MAIA, Marrielle. *op.cit.* p. 103.

⁵⁸ <<http://www.icty.org/sections/AbouttheICTY/Chambers>>. Acesso em: 19/10/2009.

Outra diferença deste Tribunal diz respeito à vedação da aplicação da pena de morte, muito embora, seguindo a tradição da *common law*, não tenha o Estatuto cominado o mínimo e máximo das reprimendas.

Desde 1996, houve diversos indiciamentos e julgamentos já concluídos pelo Tribunal Penal para a ex-Iugoslávia. Pelos dados fornecidos por FERNANDES, até o ano de 2003, havia 78 acusados, dos quais 44 encontravam-se detidos esperando julgamento, 11 permaneciam em liberdade provisória e 24 eram fugitivos.⁵⁹ Já pelas informações mais atualizadas que se dispõe, constantes no *site* da Corte⁶⁰, foram 161 pessoas indiciadas, das quais 120 já com processos encerrados até o presente momento. Apenas dois acusados encontram-se foragidos. Destaca-se a morte de Slobodan Milosevic em 11 de março de 2006, antes que fosse julgado pelo Tribunal.

2.4. O Tribunal *ad hoc* para Ruanda

A história de Ruanda, país localizado no território central do continente africano, há mais de cinco séculos vem sendo construída em meio a uma guerra tribal entre tutsis e hutus.

A divisão entre essas etnias tornou-se mais evidente durante a colonização europeia, iniciada a partir do século XIX. Quando ainda da ocupação belga, na década de 1930, tornou-se obrigatória a identificação da origem étnica do cidadão ruandês em seu documento de identidade, no desiderato de, mantendo as diferenças entre a população, evitar uma eventual mobilização conjunta de contestação à política colonial.⁶¹

Tornado protetorado após a Segunda Guerra Mundial, e, na década de 1960, vindo a ser país independente, Ruanda continuou sofrendo graves conflitos

⁵⁹

FERNANDES, David Augusto. *op.cit*, p. 89-90.

⁶⁰ Para a versão inglesa do website: < <http://www.icty.org/>>. Acesso em: 19/10/2009.

⁶¹ KRIEGER, César Amorim. *Op.cit*, p. 160.

internos entre tutsis e hutus, sobretudo pela repressão destes - que passaram a dominar o poder político - em relação à outra etnia.

O evento que ensejou a criação do Tribunal para Ruanda teve origem no assassinato do presidente Juvenal Habyarimana, de origem hutu, em 6 de abril de 1994. O avião em que viaja juntamente com ex-presidente de Burundi, Cyprien, fora alvejado por um foguete no momento em que realizava o procedimento de pouso no aeroporto da capital ruandesa de Kigali. Poucas horas após a divulgação da notícia, milícias hutus passaram a executar sumariamente indivíduos de origem tutsi, massacre este que totalizou o perecimento de oitocentas mil pessoas e fuga de outros dois milhões do país.⁶²

O Conselho de Segurança das Nações Unidas organizou uma comissão para investigar as violações de direitos humanos em Ruanda, em julho de 1994, por meio da Resolução 935. Diante dos fatos apontados nos relatórios apresentados, fez-se mister a criação do segundo Tribunal *ad hoc* das Nações Unidas, o que se deu através da Resolução 955.

Procurou-se adotar para o Tribunal de Ruanda praticamente a mesma estrutura disposta no Estatuto do Tribunal para a ex-Iugoslávia.⁶³ A sede da Corte, com as três câmaras de julgamento e o Ministério Público, localiza-se em Arusha, Tanzânia, e a Câmara de Apelação em Haia, Holanda. Vale ressaltar que, no escopo de se firmar entendimento jurisprudencial na matéria penal internacional, os dois Tribunais *ad hoc* compartilham dos mesmos juízes, revezando-se entre as Câmaras de Julgamento e de Apelação.

Outra semelhança entre os Tribunais diz respeito à competência material, atribuídas aos crimes de genocídio, contras as leis de guerra e contra a humanidade. Acentue-se, no entanto, a importante interpretação da comunidade internacional para o caso de Ruanda em considerar que conflitos internos, sem grandes repercussões exteriores (o que houve na ex-Iugoslávia), também poderiam

⁶² KRIEGER, César Amorim. *Op.cit.* p. 160-161.

⁶³ MAIA, Marrielle. *op.cit.* p. 54.

engendrar violações penais de ordem internacional, exigindo-se intervenção supra-estatal. Quanto à questão da competência *ratione temporis*, o Tribunal para Ruanda é apto a conhecer os delitos cometidos no decorrer do ano de 1994.

Conforme antecipado, poucas diferenças estruturais e funcionais existem entre os Tribunais *ad hoc* da ONU, de modo que todas as considerações feitas à Corte da antiga Iugoslávia valem à de Ruanda. Desde o início de seus trabalhos, em novembro de 1995, o Tribunal especial para Ruanda já sentenciou vários casos, encontrando-se 26 em curso e 4 esperando o início do processo. São 10 os acusados ainda foragidos.⁶⁴

Vê-se que os Tribunais Penais Internacionais instalados ao longo do século XX, não obstante suas imperfeições, caminharam no sentido de acabar com a impunidade de criminosos que, detentores de altos cargos oficiais, valiam-se dessas posições como forma de intimidação do Poder Judiciário interno. Nas sábias observações do embaixador brasileiro Gilberto SABÓIA, estabeleceram-se três axiomas relacionados à responsabilidade penal internacional do indivíduo:⁶⁵

- “ - a afirmação da responsabilidade por crimes definidos no direito internacional independem da existência de lei interna.
- o não reconhecimento de imunidades de jurisdição para crimes definidos pelo direito internacional.
- o não reconhecimento de ordens superiores como escusa de responsabilidade.”

No que diz com os Tribunais *ad hoc*, não obstante imbuídos de maior legitimidade, dado ao fato de terem surgido por decisão do Conselho de Segurança da ONU, responsável pela manutenção da paz e segurança internacionais conforme capítulo VII da Carta de São Francisco, também não se furtam de algumas críticas. A mais contundente de todas se refere à justiça seletiva que o Conselho pode gerar,

⁶⁴ Informações sobre alguns dos julgados podem ser vistos em: FERNANDES, *op.cit.*, p. 113-115. Para informações atualizadas, ver a versão em inglês do website do Tribunal: <<http://www.ictj.org/default.htm>>. Acesso em: 19/10/2009.

⁶⁵ SABÓIA, Gilberto V. Palestra proferida no Seminário O Tribunal Penal Internacional e a Constituição brasileira, realizado em Brasília, 29 de setembro de 1999, Auditório do Superior Tribunal de Justiça. Citação extraída de: MAIA, Marrielle. *Op.cit.* p. 56.

haja vista que um dos membros permanentes (EUA, Reino Unido, França, China e Rússia) poderia impedir a criação de um Tribunal por mera conveniência política, valendo-se de seu poder de veto. Conseqüência dessa situação seria a inviabilidade de se processar qualquer autoridade dessas potências, instigadoras, como é cediço, de grande parte dos conflitos bélicos contemporâneos.

Diante dessas considerações históricas, fez-se sempre necessária a criação de um sistema permanente de julgamento, capaz de exercer imparcialmente função semelhante a do Poder Judiciário de um Estado democrático. Tal foi a motivação que permeou a Conferência de Roma de 1998, culminando no surgimento do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, tema esse que passa a ser aqui abordado.

CAPÍTULO III. O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL: ANALISANDO O ESTATUTO DE ROMA

Como todo assunto delicado posto à deliberação na seara internacional, o Estatuto do Tribunal Penal Internacional encontrou muitas dificuldades em seu processo de elaboração. A divergência entre as posturas de determinados grupos políticos, de amplitudes regionais ou mesmo globais, consistiu no mais difícil entrave para o estabelecimento do modelo da Corte.

A Conferência Diplomática para instalação do TPI, ocorrida entre 15 de junho e 17 de julho de 1998 na cidade de Roma, iniciou seus trabalhos a partir do

anteprojeto do Comitê Preparatório estabelecido pela ONU em 1995. Adotou-se procedimento similar a este Comitê, com a criação de grupos de trabalhos divididos por matérias específicas.

Para além destes grupos, havia um mosaico de posicionamentos entre os participantes, como, por exemplo, o grupo dos não-alinhados, grupo árabe, grupo da América latina e Caribe, União Européia, Leste Europeu, países do Conselho de Segurança e, ainda, o *like-minded group*, que se tornou bastante influente ao longo da Conferência, sendo o maior opositor ao grupo formado pelos países com cadeira permanente no CSNU. Vale registrar a importante presença de organismos não-governamentais, que, não obstante não figurarem como signatários, participaram da elaboração da Corte.⁶⁶

Ao final da Conferência de Roma foi aprovado o Estatuto do Tribunal Penal Internacional, composto por um preâmbulo e 128 artigos, divididos em 13 matérias (as mesmas estabelecidas no anteprojeto da Comissão Preparatória), resumidamente assim dispostas:⁶⁷

Capítulo 1: Compreende os primeiros quatro artigos, estabelecendo a personalidade jurídica internacional independente do TPI.

Capítulo 2: Dispõe sobre a competência, a admissibilidade e o direito aplicável. É considerada o coração do Estatuto.

Capítulo 3: Estabelece a responsabilidade individual para os crimes de competência da Corte, bem como discorre sobre os princípios gerais de Direito Penal a serem observados.

Capítulo 4: Refere-se à estrutura da Corte, dispondo sobre a sua composição e administração.

Capítulo 5: Dá conta dos procedimentos de investigação e ajuizamento.

Capítulo 6: Estabelece o *due process of law* da Corte (devido processo legal).

Capítulo 7: Dispõe sobre as penas a serem impostas em caso de condenação do acusado.

⁶⁶ Exposição aprofundada sobre a específica participação das ONG's na elaboração do TPI pode ser vista em: SUR, Serge. Vers une Cour Pénale Internationale: la Convention de Rome entre les O.N.G et le Conseil de Sécurité. In: *Révue Général de Droit International Public*, n° 103, Tome 1, 1999, p. 29-45.

⁶⁷ Conforme quadro apresentado em: MAIA, Marrielle. *op.cit.* p. 64-70.

Capítulo 8: Aborda a questão da apelação, revisão e indenização do detento ou condenado.

Capítulo 9: Destaca as formas de cooperação internacional e assistência judicial.

Capítulo 10: Dispõe sobre a execução da pena.

Capítulo 11: Estabelece as funções da Assembléia dos Estados-Parte.

Capítulo 12: Aborda a questão orçamentária do TPI.

Capítulo 13: Disposições finais sobre o Tratado, com destaque para a impossibilidade de reservas às suas cláusulas pelo Estado signatário.

Vista essa abordagem preliminar, analisemos, de início, o modelo estrutural de Corte.

3.1. A Estrutura Organizacional

Antes de se adentrar no mérito da composição organizacional do Tribunal Penal Internacional, é importante destacar que a Corte é moldada pelas decisões de um órgão superior,- a Assembléia dos Estados-parte -, formado pela totalidade dos Estados ratificadores do Estatuto de Roma. É essa Assembléia que estabelece as regras concernentes ao funcionamento do Tribunal, bem como à escolha de seus membros (magistrados, procuradores, secretários).

A previsão e o detalhamento das funções da Assembléia encontram-se na parte (ou capítulo) 11 do Estatuto de Roma, consistindo em apenas um artigo (art. 112) de dez parágrafos.

O primeiro parágrafo dispõe sobre a representação de cada Estado-parte, facultando Estados não membros a participarem como observadores das sessões, realizadas ordinariamente uma vez por ano, não excluída a possibilidade de reuniões especiais, conforme par. 6º do referido artigo.

As funções da Assembléia referem-se, basicamente, a atividades de controle e fiscalização do Tribunal. Destaque para a cláusula aberta da alínea “g”, par. 6º do art. 112, que deixa transparecer que o rol das atividades listadas são meramente exemplificativas.⁶⁸

⁶⁸ Art. 112

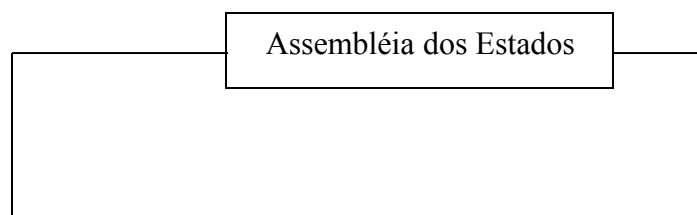
Assembléia dos Estados Partes:
(...)

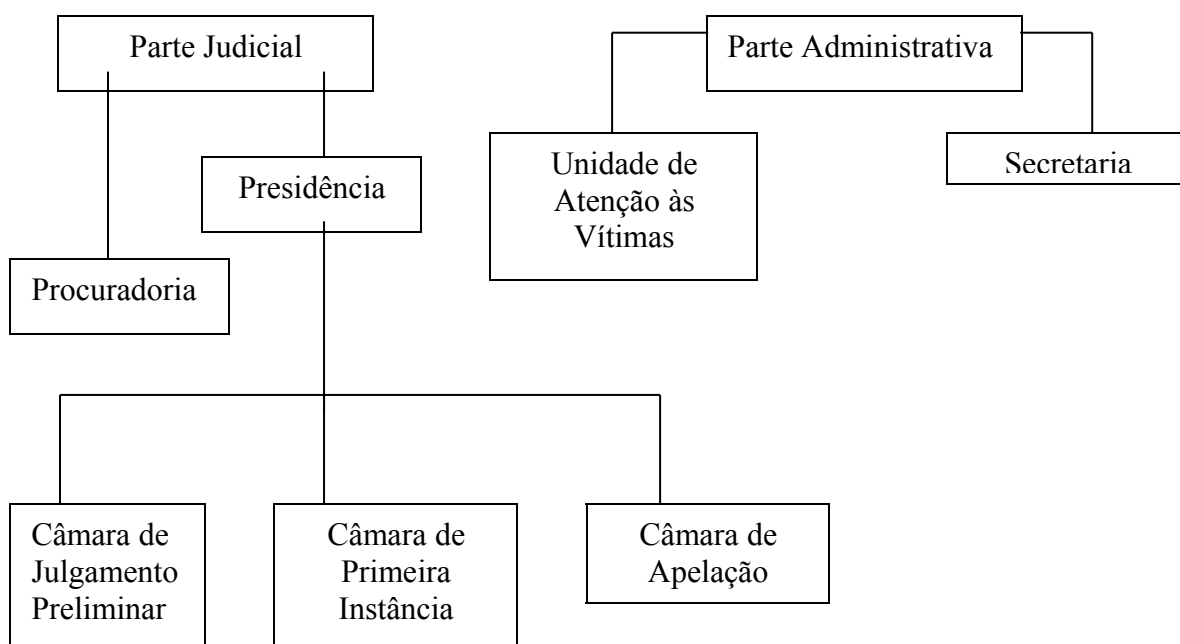
Quanto à composição administrativa, a Assembléia dispõe de uma mesa composta de um Presidente, dois Vice-Presidentes e dezoito membros eleitos por três anos (par. 3º), com possibilidade de criação de órgãos subsidiários (par. 4º).

Um ponto de especial importância diz respeito às votações da Assembléia: cada Estado-parte possui direito de um voto, procurando-se, não obstante, a busca pela aprovação por consenso. Quando tal situação não se verificar, existem dois tipos de procedimentos: se se tratar de questões substanciais do Tribunal (questões de fundo ou mérito), a aprovação se dará por voto da maioria absoluta dos Estados, com a presença obrigatória na votação de, pelo menos, metade destes (par. 7º, a); já se consistir em matéria meramente procedimental, as decisões serão tomadas por decisão da maioria simples, *tout court* (par. 7º, b).

De conteúdo delicado é o par. 8º, que impede a votação do Estado em atraso de suas contribuições financeiras, medida aplicável em desfavor, obviamente, dos países com maior dificuldade financeira. Não obstante, o mesmo dispositivo mitiga esta regra, estabelecendo que “a Assembléia Geral poderá, no entanto, autorizar o Estado em causa a votar na Assembléia ou na Mesa se ficar provado que a falta de pagamento é devida a circunstâncias alheias ao controle do Estado Parte”.

ORGANOGRAMA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL





* Ver a ressalva feita quanto à disposição da Presidência neste setor da Corte, feita a seguir.

Imperiosa a ressalva de que, embora se tenha, pela divisão acima exposta, que a Presidência compõe o setor judicial da Corte, ela não dispõe de poder monocrático de decisão, não constituindo, portanto, instância de julgamento. Como afirma o próprio autor do organograma, a função principal da Presidência é administrar a Corte (com exceção da Promotoria, que é independente). Suas apreciações se relacionam ao *staff* do Tribunal, seja no que tange ao Secretário (como na renúncia de seus privilégios), seja em relação aos magistrados (escolha de regime de dedicação exclusiva ou exoneração a pedido destes, medida que vale igualmente para o Procurador).

A Câmara de Julgamento Preliminar (ou Questões Preliminares, ou, ainda, Seção de Instrução) trata de questões pré-jurisdicionais, diretamente ligadas à etapa de investigação.⁷⁰ É composta por, no mínimo, seis juízes, mas suas funções são exercidas por três destes ou apenas um, quando assim estabelecer o Estatuto e as regras de procedimento e prova (art. 39), excetuando os casos em que se exige a aprovação da maioria dos componentes, como no caso de admissibilidade de uma causa.

⁷⁰ BEHRENS, Hans-Jörg. Investigação, Julgamento e Recurso. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai. (org.). *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 67.

Exige o Estatuto que o magistrado integrante desta Câmara possua notório conhecimento jurídico na área específica de processo penal. Destaque deve-se fazer, neste sentido, à representante brasileira atuante na Câmara de Questões Preliminares – Sylvia Helena Steiner -, que exerceu, no Brasil, cargo de Procuradora da República e Desembargadora do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.⁷¹

A primeira função da Câmara de Julgamento Preliminar é a estabelecida no art. 15 § 4º, consistente em autorizar o Procurador dar início a uma investigação. Conforme o art. 53, é esta Câmara que também confirma a decisão do Procurador de não mais seguir com a persecução, podendo negar o arquivamento se, baseada apenas em desinteresse pela gravidade do crime, não forem plausíveis os fundamentos.

Iniciada a investigação, é nesta Câmara que se procede à oitiva das vítimas. Outros procedimentos investigatórios também são de sua competência: autorizar o Procurador a arrecadar provas como medida preventiva, bem como para reuni-las para exame; solicitar a cooperação de um Estado ou autorizar o Procurador a realizar diligências num Estado-Parte; assegurar a proteção de intimidade das vítimas e testemunhas, bem como dos direitos de defesa no processo; preservar as informações sigilosas dos Estados; realizar audiência com o acusado para confirmar a imputação dos crimes; e, por fim, consistindo em outra função primordial, decidir sobre a procedência da acusação para dar prosseguimento a persecução (art. 61, § 7º), com o envio do caso à Câmara de Primeira Instância (art. 61, § 11).

A Câmara de Primeira Instância tem composição semelhante à da Seção de Instrução, com, no mínimo, seis juízes, de extenso conhecimento em matéria

⁷¹ O próprio *site* do Tribunal Penal Internacional disponibiliza um resumido currículo de cada um de seus integrantes. Para a visualização, em inglês, do CV da juíza Sylvia Steiner, acessar: <<http://www.icccpi.int/menus/icc/structure%20of%20the%20court/chambers/the%20judges/the%20judges/judge%20sylvia%20steiner/judge%20sylvia%20steiner?lan=en-GB>>. Acesso em: 19/10/2009.

processual penal, diferenciando-se apenas no que tange à exigência de três magistrados para a realização da audiência, nos termos do art. 39.

A consecução primordial desta Câmara é levar a efeito o processo do acusado uma vez vencida a etapa da instrução preliminar, respeitando o princípio do *due process of Law* (devido processo legal), a ampla defesa do acusado, bem como a proteção das vítimas e testemunhas (art. 64).

A Câmara de Primeira Instância pode avocar pra si algumas das funções concernentes à Câmara de Instrução, como, por exemplo, julgar sobre a admissibilidade de uma causa submetida ao Tribunal, quando em sede de análise da impugnação (art. 19), além da permissão em cláusula aberta do art. 61, *in fine*.⁷²

Por fim, como corolário de todas as suas atividades, é função da Câmara de Primeira Instância proferir a decisão (ou sentença) de mérito do caso, posicionando-se pela absolvição ou condenação do acusado. O art. 74 estabelece requisitos para a validade deste ato processual, tal como a presença de todos os magistrados da Câmara (ou seus substitutos), a limitação do teor decisório às provas lícitamente produzidas, bem como a necessidade de fundamentação da decisão e sua publicização. O art. 76 ainda estabelece que, no caso de condenação, a Câmara obrigatoriamente deverá explicitar a pena que o acusado recebeu.

Já a Câmara de Apelação é composta por quatro magistrados mais um Presidente. Os juízes que aqui desempenham suas funções não podem atuar em outra Câmara do Tribunal.

Sua função consiste basicamente em reapreciar, quando provocado pela parte interessada, as decisões das outras duas Câmaras: apelação de questões

⁷² Art. 61. Apreciação da Acusação Antes do Julgamento.

11. “Tendo a acusação sido declarada procedente nos termos do presente artigo, a Presidência designará um Juízo de Julgamento em Primeira Instância que, sob reserva do disposto no parágrafo 9 do presente artigo e no parágrafo 4º do artigo 64, se encarregará da fase seguinte do processo e poderá exercer as funções do Juízo de Instrução que se mostrem pertinentes e apropriadas nessa fase do processo.”

preliminares ditadas pelo Juízo Preliminar (art. 18); apelação de resoluções sobre competência e admissibilidade das duas Câmaras (art. 19); apelação e revisão de resoluções ditadas pelas Câmaras (art. 81 e ss.). Dirime, ainda, questão relativa à recusa pelo acusado ou investigado do Procurador (art. 42).

A Procuradoria (ou Promotoria, como se refere alguns)⁷³, é órgão deveras independente do Tribunal. Sua principal tarefa é exercitar, privativamente, a ação penal perante o TPI, além de comandar as investigações nos limites do Estatuto e receber informações sobre crimes de competência do Tribunal.

Nos termos do art. 42 do Estatuto, a administração da Procuradoria cabe ao Procurador-Geral, que conta com a ajuda de um ou mais Procuradores-adjuntos, todos eleitos pela Assembléia dos Estados-Parte para o período de nove anos, em regime de dedicação exclusiva. Compõe, ainda, o quadro funcional os assessores jurídicos e investigadores nomeados pelo Procurador-Geral, além de, em casos excepcionais, peritos fornecidos pelos Estados-Parte ou organização não-governamental de reconhecida idoneidade.

Por fim, a Secretaria, conforme visto no Organograma, é órgão não jurisdicional da Corte, responsável tão-somente por atividades administrativas. É composta pelo Secretario e o Secretário-adjunto, eleitos pelos magistrados por um período de cinco anos em dedicação exclusiva, permitida a recondução. Dentro do processo penal, a Secretaria é responsável por algumas diligências que visam, em geral, garantir a ampla defesa do acusado.

⁷³ Prefere-se a denominação “Procuradoria”, pois é a utilizada pelo Decreto 4.388/2002, que introduziu o Estatuto de Roma no ordenamento jurídico brasileiro.

Outra função de importância concernente à Secretaria é sua incumbência de criar a Unidade de Apoio às Vítimas e Testemunhas, conforme disposição do art. 43, § 6º, *in verbis*:

“Art. 43.

6. O Secretário criará, no âmbito da Secretaria, uma Unidade de Apoio às Vítimas e Testemunhas. Esta Unidade, em conjunto com o Gabinete do Procurador, adotará medidas de proteção e dispositivos de segurança e prestará assessoria e outro tipo de assistência às testemunhas e vítimas que compareçam perante o Tribunal e a outras pessoas ameaçadas em virtude do testemunho prestado por aquelas. A Unidade incluirá pessoal especializado para atender as vítimas de traumas, nomeadamente os relacionados com crimes de violência sexual.”

Vistos os órgãos que compõe o TPI, adentra-se nas questões referentes ao direito material aplicado na Corte.

3.2. O Direito Penal material: princípios e competência *ratione materiae*

Embora aos operadores jurídicos brasileiros pareça elementar que um sistema penal não possa ser construído senão alicerçado por um núcleo principiológico, não constituiu tal matéria em fácil aceitação durante a Conferência Diplomática de Roma. Como lembra TRINDADE, as principais divergências advieram das “dificuldades conceituais entre as delegações de países de direito civil e as de países da *common law*”⁷⁴, visto que a fonte deste último sistema preza antes pelos antecedentes jurisprudenciais do que princípios normativamente estabelecidos.

De qualquer forma, o Estatuto logrou, em seu capítulo III, explicitar onze princípios de direito penal como fonte-base para a responsabilização individual por crimes internacionais de competência da Corte, a saber:⁷⁵

1. *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Trata-se de um dos princípios mais elementares de direito penal. Nos ensinamentos de ASSIS TOLETO, a expressa latina atribuída ao jurista alemão Feuerbach no começo do século XIX liga-se ao princípio da legalidade, e dá conta da exigência de instituição prévia do tipo delitivo e da pena respectiva no escopo de evitar arbitrariedades por parte do Estado acusador (ou, no caso do TPI, dos Estados signatários do Tratado de Roma), constituindo “uma real limitação ao poder estatal de interferir na esfera das liberdades individuais.”⁷⁶
2. Irretroatividade da Lei Penal. Também aparecendo como especialidade do princípio da legalidade, diz respeito à proibição de se aplicar lei mais gravosa (*Lex gravior*) a fatos ocorridos antes de sua vigência. Segundo o Estatuto, quando, antes da sentença definitiva, houver modificação do

⁷⁴ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Fabris, 1999, v. 2, p. 40.

⁷⁵ RIPOLLÉS, Antônio Quintano. *Tratado de derecho penal internacional e internacional penal*. Madrid, 1995, v. 2, p. 11-12, apresentado por: MAIA, Marrielle. *op.cit.* p. 73-77. Ressalva-se que o rol daquela obra contém doze princípios. Neste trabalho, no entanto, foram condensados em um único princípio os arts. 23 e 24, contendo as noções de que não há crime sem lei anterior que o defina nem pena sem prévia cominação legal, conhecida pelo brocardo latino *nullum crimen, nulla poena sine lege*”.

⁷⁶ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 21.

direito aplicável, poderá ser aplicada a lei mais recente se for mais benéfica ao réu.

3. Responsabilidade Penal Individual. Seguindo o entendimento construído ao longo do século XX no direito internacional, o Estatuto explicita que a responsabilização pelos crimes internacionais atinge não Estados, mas as esferas individuais de seus perpetradores. Vale destacar que, durante a Conferência, houve propositura da França para incluir a responsabilidade de organizações por crimes internacionais, semelhante ao ocorrido no Tribunal de Nuremberg. Não obstante, tal proposta não ganhou suporte das demais delegações.
4. Exclusão de menores de 18 anos. Concorreram para este princípio as Convenções Internacionais e Regionais sobre criança e adolescente, reconhecendo-as como ser humano em desenvolvimento. Trata-se a menoridade penal, em termos dogmáticos, de uma das causas de exclusão de culpabilidade.⁷⁷
5. Irrelevância de função oficial. Seguindo a linha dos Tribunais Militares pós-Segunda Grande Guerra, o TPI igualmente desconsidera os cargos ou funções públicas que os suspeitos ou acusados exerciam no momento de realização do crime.
6. Responsabilidade de comandantes e outros superiores. Decorrente do princípio anterior, o superior hierárquico incorre nas sanções dos crimes internacionais se estes forem cometidos por forças sob o seu comando, considerando também a responsabilidade por omissão.
7. Imprescritibilidade. A prescrição, reconhecida forma de extinção da punibilidade pelo decurso do tempo, devido à inação do Estado exercer a pretensão punitiva, não se aplica aos crimes considerados de grave ofensa social. É o caso, no direito pátrio, dos crimes de racismo e decorrente de ações paramilitares que atentem contra o Estado democrático.⁷⁸ Tem-se o mesmo raciocínio para os crimes internacionais submetidos ao TPI, não se beneficiando os acusados desta espécie de extinção da pretensão punitiva. Vale lembrar que já se encontra a

⁷⁷ TOLEDO, Francisco de Assis. *op. cit.*, p. 319-322.

⁷⁸ Art 5º, incisos XLII e XLIV, respectivamente, da Constituição Federal do Brasil de 1988.

tendência da imprescritibilidade para crimes internacionais na Convenção das Nações Unidas sobre Crimes de Guerra e Crimes contra a humanidade, de 1968.

8. Elementos de intencionalidade (ou psicológicos). Para a configuração dos tipos penais de competência do TPI há necessidade de se comprovar a vontade intencional de agir (*animus dolandi*), inexistindo, portanto, condutas delitivas culposas submetidas à Corte. Aqui se discute o que a doutrina denomina “elemento subjetivo do tipo”, que analisa, para a verificação do crime, os fenômenos anímicos do agente.⁷⁹
9. Circunstâncias que excluem a responsabilidade penal. O rol apresentado pelo art. 31 de causas de exclusão da imputação criminal não é taxativo, podendo o Tribunal se valer de outros fundamentos. É visível na redação deste dispositivo seu caráter pragmático, típico do sistema da *common law*.⁸⁰ Pouco se tentou diferenciar as causas de exclusão da culpabilidade (§ 1º, *a* e *b*)⁸¹, das causas de exclusão de ilicitude (§ 1º, *c* e *d*)⁸².
10. Erro de fato e erro de direito. Diz respeito ao que a doutrina passou a denominar, respectivamente, de erro de tipo⁸³ e erro de proibição⁸⁴. O primeiro faz excluir a tipicidade da conduta; o último exclui a culpabilidade se não se comprovar o dolo na conduta.
11. Ordens superiores e disposições legais. Via de regra, não há isenção da responsabilidade criminal perante o TPI sob a alegação de cumprimento de ordem emanada por superior hierárquico. Não obstante, o art.33

⁷⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: Parte Geral*. 10. ed, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 335-337.

⁸⁰ De fato, a construção da exclusão da responsabilidade criminal no direito anglo-saxão é eminentemente realizada a partir das experiências nos Tribunais. Assim, considera-se, na *common law*, as exclusões de culpabilidade e antijuridicidade como “*negative faults*” (faltas negativas), que podem ser usadas como “*excuses*” (explicação de comportamento) pela defesa durante o processo. Sua peculiaridade diz respeito ao ônus da prova. A acusação não precisa provar a não-ocorrência das faltas negativas ao menos que essas sejam levantadas pela defesa. Para maiores informações sobre as *negative faults*, ver: ASHWORTH, Andrew. *Principles of Criminal Law*. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 201-202.

⁸¹ Casos de inimputabilidade por doença mental grave ou estado de intoxicação não voluntária que obstem que o agente identifique a natureza ilícita de seus atos.

⁸² Aludem, respectivamente, à legítima defesa e ao estado de necessidade.

⁸³ Recai sobre uma percepção equivocada da realidade levando-se em conta os elementos e circunstâncias integrantes do tipo penal.

⁸⁴ Recai sobre o desconhecimento do caráter ilícito da conduta.

apresenta três exceções a esta regra que excluem a culpabilidade do agente: quando a obrigação de cumprimento da ordem é decorrente de Lei; quando não houver conhecimento que a ordem é ilegal; ou quando a ordem não for manifestadamente ilegal.

Eis os princípios arrolados na Parte III do Estatuto de Roma. Conforme visto, e levando-se em conta a tradição romano-germânica do direito brasileiro, pode-se dizer que, para além de princípios, trata da Parte Geral de um Estatuto Criminal, contendo conceitos sobre o crime e causas de exclusão de tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade.

Vencida esta análise principiológica, importa, agora, debruçar-se sobre a “Parte Especial” do Estatuto de Roma, consistente nos tipos incriminadores em espécie de competência do Tribunal Penal Internacional.

Nos termos do art. 5, § 1º e alíneas, do Estatuto, são quatro os tipos penais que estabelece a competência *ratione materiae* do TPI, a saber, o crime de genocídio, os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes de agressão. Logrou a redação final do Estatuto explicitar conceitualmente os referidos crimes, com exceção do crime de agressão, que, consoante o §2º, só entrará na competência do Tribunal quando estabelecido conceitualmente pela Assembléia dos Estados-Parte.

Devido ao fato de o crime de agressão, apesar de previsto, não constituir, ainda, matéria afeta à apreciação da Corte, evitar-se-á, neste trabalho, tecer mais considerações sobre este delito. Ressalta-se apenas, que, segundo informações extraídas do *site* do TPI⁸⁵, a discussão sobre a definição do crime de agressão será um dos temas principais de debate da Assembléia dos Estados-Parte de 2010, em Kampala, Uganda, que servirá igualmente para a revisão geral do Estatuto de Roma, consoante previsão de seu art. 123.

Vale registrar, ainda, que outros crimes, apesar de serem objetos de tratados internacionais, acabaram por ficar de fora da competência do Tribunal. É o caso, por exemplos, dos crimes de terrorismo e tráfico internacional de entorpecentes, os quais, não obstante previstos no projeto elaborado pelo Comitê Preparatório, não foram aceitos durante a Conferência. Consta da resolução anexa

⁸⁵ Para informações atualizadas sobre o crime de agressão: <<http://www.icc-cpi.int/Menus/ASP/Crime+of+Aggression/>>. Acesso em: 19/10/2009.

do Ato Final da Conferência, no entanto, a previsão de que, no futuro, tais delitos possam vir a ser inclusos na competência do TPI.

Por outro lado, o crime de genocídio, os crimes contra a humanidade e os crimes de guerra têm suas definições no próprio Estatuto. O primeiro foi o que menos dificuldades encontrou para sua conceituação, em vista da sua existência em texto da Convenção sobre a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio, de 1948. A redação adotada pelo art. 6º do Estatuto de Roma é idêntica à adotada nesta Convenção⁸⁶, que, em seu art. 2º conceitua o genocídio da seguinte forma:

“Na presente Convenção, entende-se por genocídio os atos abaixo indicados, cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, tais como:

- a) Assassinato de membros do grupo;
- b) Atentado grave à integridade física e mental de membros do grupo;
- c) Submissão deliberada do grupo a condições de existência que acarretarão a sua destruição física, total ou parcial;
- d) Medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo;
- e) Transferência forçada das crianças do grupo para outro grupo.”

De forma bastante diferente, a definição dos atos delituosos contra a humanidade tomaram considerável proporção na Conferência. As Delegações apresentaram diferentes pontos de vista, como a consideração dos crimes contra humanidade apenas em tempo de paz ou conflito não-armado, para não os confundir com os chamados crimes contra as leis da guerra.⁸⁷

A redação final do art. 7º acabou adotando a estrutura proposta pelo representante da Jordânia, abordando três aspectos – uma conceituação genérica; a lista de atos delituosos contra a humanidade; e as definições de determinadas categorias contidas nesta lista, no escopo de detalhar ao máximo quais atos devam ser considerados crimes contra a raça humana.⁸⁸ Reproduz-se aqui a definição do *caput* com a lista dos dez figuras criminais estabelecidas no par. 1º do artigo 7º:

Artigo 7º
Crimes contra a Humanidade

⁸⁶ Os Tribunais *ad hoc* também adotaram igual redação para o crime de genocídio, verificado no art. 4º, § 2º no Estatuto do Tribunal para a ex-Iugoslávia e no art. 2º, § 2º, no que tange ao Tribunal para Ruanda.

⁸⁷ SUNGA, Lyal S. A competência *ratione materiae* da Corte Internacional Criminal: Arts. 5 a 10 do Estatuto de Roma. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai. (org.). *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 201-202.

⁸⁸ MAIA, Marrielle. *op.cit.* p. 87-88.

1. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "crime contra a humanidade", qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque:

- a) Homicídio;
- b) Extermínio;
- c) Escravidão;
- d) Deportação ou transferência forçada de uma população;
- e) Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional;
- f) Tortura;
- g) Agressão sexual, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável;
- h) Perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, tal como definido no parágrafo 3º, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, relacionados com qualquer ato referido neste parágrafo ou com qualquer crime da competência do Tribunal;
- i) Desaparecimento forçado de pessoas;
- j) Crime de *apartheid*;
- k) Outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental.

Vale destacar duas críticas que foram feitas ao art. 7º do Estatuto. Uma, encabeçada pelos Estados Unidos e Israel, diz respeito redação da alínea “k”, que trata de “outros atos desumanos”, considerados por esses países como de grande imprecisão conceitual, o que poderia prejudicar sua efetiva imputação. Outra crítica partir dos países muçulmanos no que se refere à alínea “f”, pois alguns atos comumente considerados como tortura pelos países ocidentais, são formas de punições socialmente aceitas naqueles países.⁸⁹

Por fim, a definição do quarto crime previsto no Estatuto – o crime de guerra – decorre do detalhado art. 8. Embora à época da Convenção já houvesse tratados

⁸⁹ MAIA, Marrielle. *op.cit.* p. 89.

internacionais sobre os crimes de guerra, bem como precedentes jurisprudenciais em Tribunais internacionais, não foram simples as negociações sobre o tema. Só era tema pacificado que, dentre os atos considerados crimes de guerra, deveriam constar aqueles previstos nas Convenções de Genebra de 1949.

Segundo o texto do Estatuto, nos termos do *caput* daquele artigo, a definição genérica para os delitos de guerra consiste naqueles ocorridos em conflitos armados e “em particular quando cometidos como parte integrante de um plano ou de uma política ou como parte de uma prática em larga escala desse tipo de crimes.”

Como lembra o magistrado do TPI Mauro POLITI, membro da delegação italiana durante a Convenção de Roma, muitas especificidades neste tema foram quase “intratáveis” por certos países, notadamente aqueles de visão mais conservadora sobre o direito internacional humanitário, liderados pelos EUA.⁹⁰ Entre essas matérias estavam assuntos como a inclusão de conflitos armados domésticos na competência da Corte e o estabelecimento de um rol armas proibidas em guerra.

Ao final da Conferência, devido essencialmente à pressão do *like-minded group*, logrou-se incorporar ao texto do Estatuto os crimes cometidos em conflitos internos, conforme parágrafo 2º, alíneas “c” a “f”. É passível de crime de guerra a situação de “*conflito armado prolongado entre as autoridades governamentais e grupos armados organizados ou entre estes grupos*”, com exceção dos casos “*de distúrbio e de tensão internas, tais como motins, atos de violência esporádicos ou isolados ou outros de caráter semelhante*”.

Uma limitação à competência aos crimes de guerra encontra-se no art. 124 do Estatuto, segundo o qual existe a possibilidade de o Estado signatário declarar a não-aceitação da jurisdição do TPI para estes delitos por um período de sete anos. Em verdade, esta previsão foi sugerida na Conferência de Roma com intuito de atenuar a proposta de alguns países, notadamente dos Estados Unidos, de evitar a competência automática da Corte para estes delitos.⁹¹

Muito embora tenha sido amplamente debatido, o emprego de armas proibidas pelo direito humanitário internacional não foi incluído como um dos atos considerados crime de guerra, posição que foi sustentada principalmente pelas potências nucleares presentes à Conferência.

⁹⁰ POLITI, Mauro. Le Statut de Rome de La Cour Pénale Internationale: le point de vue d’un négociateur. In: *Révue Générale de Droit International Public*, n° 103, Tome 4, 1999, p. 832-33.

⁹¹ POLITI, Mauro. *op. cit.*, p. 838.

Feitas essas considerações acerca da estrutura e do direito material afetos à Corte Internacional Penal, cabe, agora, discorrer sobre a persecução criminal propriamente dita, tal como prevista no Estatuto de Roma.

3.3. O trâmite da persecução criminal

O início de um caso perante o TPI, nos termos do art. 13 do Estatuto, poderá se dar de três formas distintas, a saber, por denúncia de um Estado-Parte, por denúncia do Conselho de Segurança, ou pela iniciativa de ofício do Procurador. Em todos esses casos, no entanto, é o Procurador que avalia se existe a pertinência de se levar adiante a persecução, o que releva a independência deste órgão no exercício de sua função perante a Corte, afastado mesmo das ingerências políticas do Conselho de Segurança da ONU.

Vale ressaltar que, nas hipóteses em que o Procurador abre uma investigação ou a denúncia parte de um Estado-membro, há necessidade de se comprovar que o país em que o fato ocorreu, ou o país de que é nacional o acusado, seja signatário do Tratado ou aceite sua jurisdição *ad hoc*. Já quando a denúncia partir do Conselho de Segurança, a investigação não está condicionada a este requisito (art. 12).

Uma importante consideração a ser feita no que tange à admissibilidade de um caso perante a Corte diz respeito à adoção pelo Estatuto do chamado *princípio da complementaridade*, segundo o qual sua competência só poderá ser exercida nas situações “em que se verifique a incapacidade ou falta de disposição dos Estados-parte de processar os responsáveis pelos crimes previstos pelo Estatuto de Roma”.⁹² Assim, o TPI, diferente dos Tribunais da ONU, não possui primazia sobre as jurisdições nacionais, somente atuando nas situações mais graves, em que o Estado que tenha jurisdição para apreciar o caso não queira ou não se mostre capaz de fazê-lo, conforme se depreende do art. 17, § 1º, “a” a “c”.

A abertura de inquérito é dever do órgão acusador se existir base de informações razoável para que isso ocorra. Se este decidir pelo arquivamento, poderá ter sua decisão examinada pela Câmara de Questões Preliminares, a pedido de um Estado-parte ou do Conselho de Segurança, nos casos em que forem denunciantes, ou pela apreciação de ofício pelo Juízo, quando a promoção de

⁹² MAIA, Marrielle. *op.cit.* p. 78.

arquivamento basear-se em falta de interesse de justiça, consoante art. 53, § 3º. Quando iniciada a persecução, com autorização do Juízo Preliminar (art. 15, § 4º), o Procurador passa a assumir diversos poderes com foco na busca da verdade material dos fatos. Poderá reunir e examinar provas, celebrar acordos com Estados ou ONG's, convocar e interrogar pessoas, dentre outras permissões arroladas no art. 54, § 3º. Não há dúvidas que assim deve ser quanto à independência de atuação do órgão de acusação, característica essa imprescindível no processo que vise à proteção dos jurisdicionados.⁹³

Se a Procuradoria posicionar-se pela prisão de um investigado, fica-se na dependência de decisão fundamentada da Câmara Preliminar (art. 58, § 1º). E, quando efetuada a entrega do acusado (ou mesmo comparecendo voluntariamente), faz-se necessária a realização de uma audiência de confirmação, na qual a referida Câmara informará a pessoa sobre os crimes que lhe estão sendo imputados, bem como de seus direitos perante a Corte (art. 61). Nesta mesma audiência o investigado poderá, se for o caso, requer liberdade provisória, ou até mesmo impugnar as acusações e provas apresentadas em seu desfavor, com a apresentação de novo material probatório.

Via de regra, a audiência de confirmação é realizada na presença do Procurador, do investigado e seu defensor. Não obstante, o Estatuto, em seu art. 61,

⁹³ STRECK, Lenio Luiz. *Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 11-13.

§ 2º, elenca as hipóteses em que tal ato ocorrerá em sua ausência (voluntária) ou mesmo à sua revelia.

Encerrando esta etapa da investigação, o Juízo de Instrução deverá se pronunciar sobre a aceitação ou não das imputações. Daí decorrem três hipóteses (art. 61, § 7º): se consideradas suficientes as provas, o caso será remetido à Câmara de Primeira Instância para julgamento; se insuficientes, retirar-se-á a acusação; ou, adiar-se-á a audiência para que a acusação proceda a novas investigações ou modifique a imputação com base nas novas provas produzidas.

Mesmo após procedente a acusação pela Câmara Preliminar, é possível à Procuradoria alterar fatos constantes na acusação, valendo-se das provas produzidas na audiência de confirmação. Deverá, no entanto, requer esse aditamento perante a Câmara, devendo notificar previamente o acusado, em atendimento ao princípio da ampla defesa no processo. A confirmação desse requerimento se fará somente em nova audiência (art. 61, § 7º). Segundo este mesmo dispositivo, a Procuradoria poderá, ainda, retirar a acusação após já iniciado o julgamento, mediante expressa autorização do Juízo Preliminar.

O julgamento do caso será de competência da Câmara de Primeira Instância, nos ditames das disposições do Capítulo VI do Estatuto de Roma. Tal fase é comparável aos atos do procedimento ordinário tal qual estabelecido pelo ordenamento pátrio.⁹⁴ Deverão os magistrados velar pela observância do princípio do *due process of law*, da proteção das provas produzidas em juízo, bem como da proteção das vítimas e testemunhas.

A decisão de primeira instância terá, via de regra, natureza pública, salvaguardadas as situações que exigem confidencialidade das informações, cujo tratamento é previsto no art. 72 do Estatuto. Iniciada a audiência de julgamento pela leitura das acusações, o réu poderá, desde já, declarar-se culpado, caso em que a Câmara poderá passar imediatamente à imposição da pena, se restar indubitado, diante das demais provas, que a confissão é verdadeira.⁹⁵

⁹⁴ Está a se falar das regras atinentes ao Procedimento Comum Ordinário estabelecido no Código de Processo Penal brasileiro, notadamente dos arts. 399 a 405, que tratam dos atos processuais deste rito após o recebimento da denúncia.

⁹⁵ Esta regra aplicada no TPI está em consonância com os dispositivos que regem a confissão no direito processual pátrio. Conforme verificado nos arts. 197 e ss. do CPP, a confissão não tem o condão de, por si só, ensejar a condenação do réu, devendo ser contrapostas em relações aos outros elementos de prova.

Caso o acusado se declare inocente, ou não seja aceita a admissão de culpa, seguirá o procedimento judicial, com a apresentação das provas, e, se necessária, a realização de atos determinados pelos magistrados, como a oitiva de pessoas, apresentação de provas adicionais ou mesmo decisão de questões incidentais (art. 64, § 6º).

As formalidades atinentes à decisão da Câmara de Julgamento são aquelas previstas no art. 74 do Estatuto. Conforme já antecipado, a fundamentação da decisão está circunscrita aos fatos comprovados durante o processo criminal. As deliberações entre os magistrados componentes desta Câmara se darão de modo secreto, porém será lida em audiência pública a súmula da decisão final, que se poderá chegar por unanimidade ou por maioria simples.

Na hipótese de ser julgada procedente a acusação contra o réu, de acordo com o art. 77, podem ser aplicadas três espécies de pena, separada ou cumulativamente, a saber, pena privativa de liberdade (§ 1º), podendo-se chegar mesmo à prisão perpétua; pena de multa; e pena de perdimento de bens, quando provenientes, direta ou indiretamente, dos fatos criminosos.

Segundo FERNANDES, a Regra 145 do Regulamento Processual do TPI prevê certos critérios para o estabelecimento da culpabilidade do acusado, com um rol das atenuantes e agravantes a serem consideradas nas condutas delitivas. Só se caberá pena de prisão perpétua se comprovada, ao menos, uma das agravantes, pois, caso contrário, a pena de prisão não poderá exceder 30 anos. Lembra ainda o autor que, embora não permita a pena de morte nos procedimentos de competência do TPI, o Estatuto de Roma não proíbe sua aplicação quando os crimes são julgados pelas jurisdições domésticas.⁹⁶

Em consonância com nosso direito constitucional do “duplo grau de jurisdição”, é passível de ser atacada por recurso de apelação a decisão oriunda da Câmara de Julgamento, que será recebida em seu efeito devolutivo pela Câmara de Recursos. Consoante art. 81, § 1º, a acusação poderá alicerçar seu recurso em três fundamentos: vício processual, erro de fato; erro de direito. A defesa poderá, além destes três motivos, apelar com a alegação de *“qualquer outro motivo suscetível de afetar a equidade ou a regularidade do processo ou da sentença.”* A decisão em sede recursal poderá anular o julgamento, decretando a realização de um novo

⁹⁶ FERNANDES, David Augusto. *op. cit.* p. 235-236.

processo, ou, decidindo o mérito, alterar parcial ou totalmente a sentença de primeira instância. Vale lembrar que é proibida a *reformatio in pejus* (reforma prejudicial) da decisão, quando não constar pedido de aumento de pena no recurso da acusação (art. 83).

Instituto bastante assemelhado a revisão criminal do processo penal brasileiro⁹⁷, a revisão prevista no Estatuto de Roma em seu art. 84, destina-se a impugnar⁹⁸ decisão condenatória definitiva quando: descobertas novas provas que possam modificar a decisão; comprovada falsificação de elementos de prova que ensejaram a condenação; ou por conduta incompatível de julgador que justifique sua suspeição diante do caso. Poderá a Câmara de Recurso tanto determinar a realização de novo julgamento quanto avocar para si a competência de apreciar a revisão (art. 84, § 2).

Por fim, no que tange à execução, as penas de multa e perdimento de bens, bem como de reparação das vítimas devem ser levadas a efeito pelos Estados-Parte quando requisitados, em vista da cláusula de obrigação perante o TPI presente no Estatuto. Já quando se trata de pena de prisão, a situação é diversa. Consoante art.

⁹⁷ Instituto disciplinado nos arts. 621 e ss. do Código de Processo Penal brasileiro.

⁹⁸ Embora a redação do art. 84, § 1º do Estatuto aluda à revisão como um requerimento, trata-se, em verdade, de verdadeira ação autônoma (e não de recurso), vez que possui objeto próprio do pedido visando modificar decisão judicial já transitada em julgado. Sobre a natureza processual da revisão criminal no processo penal brasileiro: MOSSIN, Heráclito Antônio. *Revisão Criminal no Direito Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 62-67.

103, § 1º, a, o Estado-Parte não é obrigado a receber o condenado em seu território para a aplicação da pena imposta pela Corte Internacional, mas deve manifestar seu interesse de fazê-lo. Uma vez aceita pelo Tribunal essa vontade, no entanto, não pode o Estado se eximir da obrigação assumida, salvo em caso de comprovada situação excepcional (art. 103, § 2º) ou no interesse da própria Corte (art. 104, § 1º).

Assim é o Tribunal Penal Internacional tal como previsto no Estatuto de Roma. Ainda se faz mister, antes de se adentrar nas considerações finais, abordar a consequência da incorporação daquele documento internacional no direito interno pátrio, e, como, em vista do impedimento de reservas às cláusulas do Estatuto (art. 120), pode-se adequar certos institutos que, *prima facie*, aparecem como conflitantes aos ditames constitucionais.

3.4. O Tratado de Roma e o ordenamento jurídico brasileiro

O Estatuto do TPI incorporou-se efetivamente no direito interno pátrio através do Decreto nº 4.388/2002, data de 25 de setembro de 2002. Dois anos mais

tarde, com a Emenda Constitucional nº 45, passou a figurar expressamente no texto constitucional, conforme se observa de seu art. 5, § 4º: “O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”.

Não obstante a expressa previsão constitucional, existem certos institutos estabelecidos naquele Tratado que, a princípio, estariam em desconformidade com as regras constitucionais de processo e direito penais. Levando-se em conta que, pelo art. 120 do Estatuto, nenhum Estado poderá fazer reserva de aplicação de suas cláusulas, criar-se-ia verdadeiro paradoxo jurídico se a doutrina e a jurisprudência não procurassem compatibilizar essas duas fontes normativas.

Aliás, como bem lembra CARVALHO RAMOS, não é recente a discussão sobre o conflito de normas de âmbito interno e internacional. Diz o autor, no entanto, que, neste caso, deve-se buscar a compatibilidade do Estatuto de Roma ao ordenamento jurídico brasileiro, vez que é diretiva da nossa Carta Magna a proteção dos direitos humanos, razão de ser, também, da Corte Penal Internacional, *in verbis*.⁹⁹

“O ponto fulcral desta terceira corrente defendida aqui é a aceitação da compatibilidade das normas constitucionais com a normatividade internacional de proteção dos direitos humanos como *presunção absoluta*, em face dos princípios da Constituição de 1988. Como vimos, a Constituição brasileira atual, ao estabelecer um Estado Democrático de Direito e o apego à primazia dos direitos fundamentais da pessoa humana, não pode ser, então, vista como obstáculo a uma maior proteção desta mesma pessoa humana, obtida em dispositivos internacionais.”

Pode-se dizer que são quatro as matérias polêmicas do Tratado de Roma em face da legislação pátria, a saber, a ausência de coisa julgada, a entrega de acusado, a pena de prisão perpétua e a imprescritibilidade dos crimes.

Quanto à ausência de coisa julgada, para FERNANDES, o princípio da complementaridade fere, efetivamente, tal princípio constitucional, dada a possibilidade de o Tribunal avocar compulsoriamente casos de sua competência que não apreciados de forma justa pelo Judiciário doméstico. Segundo esse autor, não obstante, a permissão para tal ato extrair-se-ia do art. 7º das Disposições Transitórias do texto constitucional, pelo qual “o Brasil propugnará pela criação de

⁹⁹ RAMOS, André de Carvalho. O Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai. (org.). *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 265.

um Tribunal Internacional de Direitos Humanos”. Teria, portanto, maior peso essa regra constitucional, dada sua maior especificidade em relação à matéria em comento.¹⁰⁰

Já para RAMOS, não se deve falar, neste caso, em ofensa à coisa julgada, haja vista que o TPI não constitui em instância jurisdicional do direito brasileiro, mas órgão internacional, possuindo persecução de natureza diversa da existente no processo brasileiro.¹⁰¹

Não obstante o posicionamento fundamentado deste último, parece mais acertada a tese de FERNANDES, vez que, do ponto de vista teórico, há efetivamente quebra da coisa julgada, não a formal (impossibilidade de interposição de recursos), visto que o TPI não integra o Poder Judiciário brasileiro, mas material (impossibilidade de se discutir o mesmo fato). No entanto, o importante é dar enlevo

¹⁰⁰ FERNANDES, David Augusto. *op. cit.* p. 306-308.

¹⁰¹ RAMOS, André de Carvalho. *op. cit.*, p. 275-278.

ao efeito pragmático dessa medida, no sentido de dar plena efetividade ao TPI para que evite que processos simulados possam deixar criminosos impunes.

O instituto da entrega (*surrender*) do acusado ao Tribunal Internacional é defendida de maneira semelhante por parte dos doutrinadores. Na visão destes, a dificuldade se encontra na confusão entre o citado instituto e o da extradição, embora se tratem de coisas completamente diversas.

Pela Constituição brasileira, o pedido de extradição (envio de pessoa a outro território para ser julgada criminalmente) formulado por Estado estrangeiro é apreciada somente pelo Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, g). Não obstante, conforme se depreende do art. 5º, LI, em qualquer caso, é proibida a extradição de brasileiro nato ou naturalizado, salvo se este último cometeu o crime antes da naturalização ou se envolveu em tráfico de psicotrópicos.

Percebe-se, portanto, que a extradição é um ato de cooperação entre dois Estados soberanos. Por outro lado, o *surrender* consiste em ato decorrente da obrigação que um Estado expressamente aceitou em relação a um organismo internacional.¹⁰² É dizer, em síntese, que, embora seja patente a proibição constitucional da extradição de brasileiros, tal regra não se aplica na entrega de acusado perante o TPI, visto que se trata de instituto diverso.

Já no que se refere à prisão perpétua, tal pena é expressamente proibida pela Constituição Federal, na redação de seu art. 5º, XLVII, b. Desta feita, não há como se posicionar contrariamente a idéia de que, caso um processo de competência do TPI tramitasse no Brasil, não se poderia aplicar a referida reprimenda, sob pena de violação constitucional. Não obstante, verifica-se que não é incompatível essa regra quando o órgão julgador for a própria Corte Internacional, mesmo se tal persecução dependa de entrega de acusado pelo Brasil. O sistema judiciário brasileiro, há muito, não impede a extradição de estrangeiro passível de receber pena de prisão perpétua.¹⁰³ Vale ainda a consideração, quanto à execução, que o país não é obrigado a aceitar que tal pena seja cumprida em solo pátrio, podendo evitar que tal medida possa violar o citado preceito constitucional.

A quarta e última celeuma em torno dos institutos aplicados ao TPI diz respeito à imprescritibilidade dos crimes. Porém, uma breve análise do sistema

¹⁰² RAMOS, André de Carvalho. *op. cit.*, p. 270.

¹⁰³ Citem-se as extradições nº 272, 426, 429 e 472, julgadas pelo STF, mencionadas em NR por: FERNANDES, David Augusto. *op. cit.* p. 312.

penal brasileiro, no entanto, já é suficiente para se chegar à conclusão de que inexistente discrepância com as normas jurídicas internas.

É certo que, via de regra, nos termos do art. 109 do Código Penal brasileiro, existem prazos prescricionais para se exercitar a pretensão punitiva do Estado, prazos esses que, se extintos, fazem perecer a punibilidade do acusado. Essa diretiva não se aplica, contudo, em graves crimes selecionados pelo constituinte. O art. 5º da Magna Carta apresenta duas situações em que atos delitivos consubstanciam-se em crimes imprescritíveis. Está a se falar da prática de racismo (inciso XLII) e da ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (inciso XLIV).

Ora, com a adoção do Estatuto de Roma pelo ordenamento jurídico pátrio, juntam-se a estas duas hipóteses os crimes de genocídio, crimes de guerra, crimes contra a humanidade e crime de agressão, não existindo nenhum óbice constitucional para assim não se considerar. O que se procura proteger são os mais altos valores da sociedade contemporânea, razão pela qual não pode o agente destes delitos se beneficiar da impunidade pelo transcorrer do tempo.

REFLEXÕES CONCLUSIVAS

O presente estudo, por óbvio, não tem a pretensão de esgotar o tema relacionado ao Tribunal Penal Internacional. Aliás, nem mesmo o poderia, em vista de sua recente criação, concebida na Conferência Diplomática de Roma em 1998, mas cujo Estatuto ganhou plena eficácia somente em 1º de julho de 2002, por conta do disposto em seu art. 126, § 1º.¹⁰⁴ Ademais, não se faz razoável discorrer sobre uma “jurisprudência” da Corte, haja vista que pende de julgamento todas as ações a ela submetidas.¹⁰⁵

¹⁰⁴ Art. 126. 1. “O presente Estatuto entrará em vigor no primeiro dia do mês seguinte ao termo de um período de 60 dias após a data do depósito do sexagésimo instrumento de ratificação, de aceitação, de aprovação ou de adesão junto do Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas.”

¹⁰⁵ Conforme informação extraída do *site* do TPI, existem quatro situações sob sua apreciação. A primeira, relativa ao caso de Uganda, possui um caso na Câmara de Questões Preliminares (The Prosecutor v. Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo e Dominic Ongwen); Na segunda, referente ao caso da República Democrática do Congo, existem três persecuções em trâmite, duas na Câmara Preliminar (The Prosecutor v. Bosco Ntaganda; e The Prosecutor v. Germain Katanga e Mathieu Ngudjolo Chui.), e uma já esperando julgamento (The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo); Quanto à situação de Darfur, no Sudão, são 3 casos na Câmara Preliminar (The Prosecutor v. Ahmad Muhammad Harun e Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman, The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir e The Prosecutor v. Bahr Idriss Abu Garda). Por fim, existe um caso relativo à situação da República Centro-Africana, também no Juízo de Investigação (The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo). Vale lembrar que o caso do Sudão foi submetido à Corte através de denúncia do Conselho de Segurança da ONU, visto que o Estado não é signatário do Estatuto de Roma. Nos demais casos, os Estados que denunciaram casos ocorridos em seus territórios, pois todos são Partes no Tratado.

Não obstante, importantes conclusões podem ser extraídas tanto do contexto internacional que possibilitou a criação do TPI quanto do seu *modus operandi*, em contraste com as outras experiências históricas de julgamentos internacionais de indivíduos por graves violações aos direitos humanos e humanitários.

A primeira delas é, sem dúvida, a nova postura dos Estados em vista à criação de uma ordem jurídica internacional, em um sentido mais amplo, e de um sistema penal internacional, em específico. Relevante, nesta assertiva, enfatizar a idéia de “sistema”, a partir da criação de normas de direito penal de natureza processual e material no intuito de estabelecer um autêntico Poder Judiciário Internacional, atuante não em desfavor dos Estados, mas complementarmente a eles.

A importância dessa estrutura judicial paralela (e não hierárquica) revela-se na necessidade de se proteger o indivíduo em sua esfera individual e coletiva. Como assevera Flávia PIOVESAN, a primazia do princípio da dignidade da pessoa humana, tanto no âmbito doméstico quanto internacional, deve ter por consequência a harmonização destes sistemas, com foco na tutela e promoção dos direitos fundamentais.¹⁰⁶

Assim, no que tange ao Tribunal Penal Internacional, sua missão, a nosso ver, revela-se de duas formas: a primeira, como função explícita, consiste em processar os casos de graves violações de direitos humanos e humanitários, consubstanciados nas tipificações dos crimes de guerra, crimes contra a humanidade, crime de genocídio e crime de agressão, mesmo nas situações em que, havendo julgamento em jurisdição interna, restar evidente que não é senão um simulacro processual visando à impunidade do acusado. Disso decorre sua função implícita: pressionar os Estados, em seu exercício jurisdicional, a dedicar observância ao princípio da Justiça nas decisões, no sentido de pautá-las em critérios jurídico-processuais de fundamentação, sem ingerência de fatores políticos. Mostrando o Estado inerte diante de um caso de sua competência, deve o Tribunal reapreciar a mesma questão, por investigação iniciada de ofício pelo Procurador, ou por denúncia do Conselho de Segurança da ONU.

<<http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Situations+and+Cases/>>. Acesso em: 19/10/2009.

¹⁰⁶ PIOVESAN, Flávia. Tratados Internacionais de proteção dos direitos humanos: jurisprudência do STF. In: *Revista Jurídica Themis – Edição Especial Semana Acadêmica do CAHS*. Curitiba, 2008, p. 106.

Essa consideração revela-se de especial importância dados os antecedentes históricos de julgamentos internacionais imbuídos de motivação política, situação essa inaceitável em cotejo com o cediço princípio do *due process of law*. No mesmo sentido aponta a estruturação concebida ao Tribunal Penal Internacional por seu Estatuto, procurando assegurar a independência funcional de seus membros, nos moldes em que estão dispostos a magistratura e o órgão de acusação nos países democráticos.

Vale registrar, ainda em concatenação com a idéia de sistema penal justo e democrático,¹⁰⁷ que o TPI não tende a ser órgão de natureza inquisitória, típico dos Tribunais Militares pós-guerra. São assegurados diversos direitos de defesa ao acusado, inclusive o de presunção de inocência e o de apelar à instância superior contra decisão condenatória, além o de ter seu caso revisto se existir novas provas após o trânsito em julgado.

Não há dúvidas que se pretendeu deveras criar uma Corte de caráter permanente, com todos subsídios normativos para se efetivar uma persecução criminal de acordo com os vários princípios que regem a matéria. É em vista desta razão primordial que o Estatuto de Roma logrou alcançar o número de ratificações mínimo para entrar em vigor.

Não é de se criticar, portanto, a adoção deste diploma normativo internacional pelo Brasil. Para além dos requisitos jurídico-processuais, estão em consonância esses dois sistemas em seus objetivos, quais sejam, a proteção do indivíduo, bem como a punição dos violadores de seus direitos e garantias fundamentais. Assim, conforme procurou se expor, deve-se prevalecer a noção de uma “presunção absoluta de compatibilidade” entre a Constituição Federal e o Tratado de Roma, sempre que não houver incongruências patentes, no escopo de fornecer proteção máxima ao ser humano.

O Tribunal Penal Internacional está apenas iniciando sua missão de proteção dos direitos fundamentais do homem. Se ainda perdura discussão sobre a capacidade jurídica internacional deste, não se pode olvidar que passa a ser cada vez mais objeto direto de proteção internacional, mesmo em face do próprio Estado ao qual está inserido.

¹⁰⁷ O sistema penal também deve servir para a proteção do acusado, dando efetivos direitos de defesa, visando tolher a situação em que a pretensão punitiva se transforme em punição excessiva irracional. Sob essa perspectiva de sistema no âmbito do direito penal e processo penal: ZAFFARONI, Raúl E.; BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro*. v. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2006, 156-162.

Espera-se que essa nova fase do direito internacional penal se consolide e se desenvolva, a partir da participação conjunta dos Estados junto ao TPI na apuração dos crimes de sua competência e em outras obrigações dela decorrentes. Tornar cada vez menos impunes os perpetradores de graves crimes de direitos humanos, talvez seja o melhor caminho para chegarmos o mais perto possível de que, utopicamente, chamamos de paz.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES. *Política*. São Paulo: Martin Claret, 2005.

ASHWORTH, Andrew. *Principles of Criminal Law*. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 201-202.

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 42. ed. São Paulo: Globo, 2001.

BEHRENS, Hans-Jörg. Investigação, Julgamento e Recurso. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai. (org.). *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: Parte Geral*. 10. ed, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2006,

BOBBIO, Norberto. *A teoria das formas de governo*. Brasília: UnB, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FERNANDES, David Augusto. *Tribunal Penal Internacional: a concretização de um sonho*. Rio de Janeiro, Renovar, 2006.

FRIEDRICH, Tatyana Scheila. *As normas imperativas de Direito Internacional Público: Jus Cogens*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

GONÇALVES, Joanisval Brito. *Tribunal de Nuremberg 1945-1946: a gênese de uma nova ordem no direito internacional*. Rio de Janeiro, Renovar, 2001.

HOBBS, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX 1914-1991*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

JELLINEK, Giorgio. *Teoria General Del Estado*. 2. ed., Companhia Editorial Continental, 1958, p. 359-365.

LOCKE, John, *Segundo Tratado sobre o Governo*. São Paulo: Martin Claret, 2004.

KRIEGER, César Amorim. *Direito Internacional Humanitário: o precedente do comitê internacional da Cruz Vermelha e o Tribunal Penal Internacional*. Curitiba: Juruá, 2006.

MAIA, Marrielle. *Tribunal Penal Internacional: aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 15. ed., v. 1., Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MOSSIN, Heráclito Antônio. *Revisão Criminal no Direito Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

PEIXOTO, A. K. O estabelecimento do tribunal penal internacional. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*. 113/118, 1998.

PIOVESAN, Flávia. Tratados Internacionais de proteção dos direitos humanos: jurisprudência do STF. In: *Revista Jurídica Themis – Edição Especial Semana Acadêmica do CAHS*. Curitiba, 2008.

POLITI, Mauro. Le Statut de Rome de La Cour Pénale Internationale: le point de vue d'un négociateur. In: *Revue Générale de Droit International Public*, n° 103, Tome 4, 1999, p. 832-33.

RAMOS, André de Carvalho. O Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai. (org.). *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

REALE, Miguel. *Teoria do Direito e do Estado*, 2 ed. São Paulo: Ed. Martins, 1960.

RIBEIRO, Renato Janine. Hobbes: o medo e a esperança. In: *Os clássicos da política*. São Paulo, Ática, 1989, p. 55.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du contrat social*. Paris: Flammarion, 2001.

SILVA: ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio Nascimento e. *Manual de Direito Internacional Público*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. *Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Forense, 2006

SUNGA, Lyal S. A competência *ratione materiae* da Corte Internacional Criminal: Arts. 5 a 10 do Estatuto de Roma. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai. (org.). *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SUR, Serge. Vers une Cour Pénale Internationale: la Convention de Rome entre les O.N.G et le Conseil de Sécurité. In: *Révue Général de Droit International Public*, nº 103, Tome 1, 1999.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Fabris, v. 2, 1999.

ZAFFARONI, Raúl E.; BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro*. v. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2006

SITES:

<http://www.icty.org/>

<http://www.ictr.org/>

<http://www.icccpi.int/>

<http://www.un.org/en/law/>

